Die Führung einer zweiten Firma
durch Handelsgesellschaften
und
deren Teilnahme an einer offenen Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

juristischen Fakultät

der

K. Universität Tübingen

vorgelegt von

Paul Scheuing,
Rechtsanwalt in Stuttgart.

Stuttgart.
Druck von W. Kohlhammer.
1905.

Die Führung einer zweiten Firma
durch Handelsgesellschaften
und
deren Teilnahme an einer offenen Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

juristischen Fakultät

der

K. Universität Tübingen

vorgelegt von

Paul Scheuing,
Rechtsanwalt in Stuttgart.

Stuttgart.
Druck von W. Kohlhammer.
1905.

Referent: Herr Prof. Dr. Ph. Heck,
derzeit Dekan der juristischen Fakultät.

§ 1.

Gegenstand der Untersuchung.

Die folgenden Ausführungen sollen sich mit zwei Fragen befassen, einmal mit einer Untersuchung darüber, ob die Handelsgesellschaften, und zwar auf der einen Seite die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft, auf der andern Seite die Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien und Gesellschaft mit beschränkter Haftung berechtigt sind, bei Erwerbung eines bestehenden Handelsgeschäftes gemäß § 22 des Handelsgesetzbuchs, dessen Firma mitzuerwerben und sie unter Beibehaltung ihrer seitherigen Firma neben dieser weiterzuführen, sodann mit einer Prüfung der sehr bestrittenen Frage, ob die genannten Gesellschaften fähig sind, als Teilhaber in eine offene Handelsgesellschaft einzutreten.

Die Entscheidung der zweiten Frage wird sodann ohne weiteres auch übertragen werden dürfen auf das Problem, ob die genannten Gesellschaften in eine Kommanditgesellschaft oder in eine Kommanditgesellschaft auf Aktien als persönlich haftende Teilhaber eintreten können, es handelt sich hierbei um durchaus gleichartige Fälle.[1])

Daß diese beiden Fragen im Zusammenhang behandelt werden, dürfte sich schon dadurch rechtfertigen, daß die Lösung derselben in ganz gleicher Weise für die geschäftliche Betätigung der genannten Gesellschaften in Handel und Verkehr von großer praktischer Bedeutung ist, und daß die Entscheidung beider Fragen zum großen Teil von gleichartigen Erwägungen abhängt.

So taucht z. B. das Problem, ob die genannten Gesellschaften grundsätzlich darauf beschränkt sind, unter einem einzigen Namen im Rechtsverkehr aufzutreten, bei beiden Fragen auf, und in letzter Linie handelt es sich beidemal darum, ob jene Gesellschaften für wichtige Handlungen des geschäftlichen Verkehrs schlechter gestellt sein sollen, als der Einzelkaufmann, ob sie in diesen praktisch bedeutsamen Fragen gewissermaßen als Kaufleute minderen Rechts gelten sollen.

---

[1]) Die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften sollen nicht in die Betrachtung einbezogen werden, weil bei deren Organisation und Geschäftsbetrieb ein Bedürfnis sich in der gedachten Weise geschäftlich zu betätigen, kaum in Frage kommen wird.

I. Abschnitt.

Die Anwendbarkeit des § 22 des Handelsgesetzbuchs auf die Handelsgesellschaften.

§ 2.

Stand der Streitfrage und Versuch einer positiven Begründung der Anwendbarkeit.

Wenn zunächst untersucht werden soll, ob die Handelsgesellschaften berechtigt sind, von dem § 22 des Handelsgesetzbuchs Gebrauch zu machen, so scheidet natürlich der Fall aus, daß die erwerbende Gesellschaft ihre bisherige Firma ablegen und statt derselben die erworbene Firma als einzige Firma weiterführen will.

Zu prüfen ist vielmehr nur die Frage, ob eine solche Gesellschaft die erworbene Firma und ihre seitherige nebeneinander führen darf.

Die erstere Möglichkeit wird ja den Handelsgesellschaften von keiner Seite bestritten und der Satz 2 des § 22 sieht auch ausdrücklich den Fall vor, daß eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien ein bestehendes Geschäft mit der Firma erwirbt und diese Firma annimmt.

Durch diese Bestimmung ist einmal der Fall getroffen, daß eine bereits zu Recht bestehende, d. h. eingetragene Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien ihre seitherige Firma mit derjenigen des erworbenen Geschäfts vertauschen will, und man wird weiter in dieser Bestimmung auch die Möglichkeit eröffnet finden, daß eine erst zu gründende Aktiengesellschaft, die ein bestehendes Geschäft übernehmen will, dessen Firma annimmt.

Diese zweite Möglichkeit ist zwar in der Theorie nicht unbestritten, vergl. Lehmann, das Recht der Aktiengesellschaften, S. 153, sie wird aber mit dem genannten Schriftsteller zu bejahen sein; die Praxis kennt in diesem typischen Fall der „Umwandlung einer Firma in eine Aktiengesellschaft" überhaupt keine Bedenken.

Ob endlich in dem zweiten Satz des § 22 auch ausdrücklich an den dritten, uns hier beschäftigenden Fall gedacht ist, daß nämlich die erworbene Firma neben der alten geführt werden soll und ob sonach in dieser Gesetzesbestimmung für die Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien eine positive gesetzliche Anerkennung dieses Rechts, beide Firmen nebeneinander zu führen, gefunden werden kann, soll später erörtert werden.

Was den gegenwärtigen Stand unserer Streitfrage betrifft, so mag hierwegen auf die Anführungen in der Abhandlung von Hinsberg in Holdheims Zeitschrift, Jahrgang 6, S. 253 ff. verwiesen werden, wobei nur der Irrtum Hinsbergs auf S. 254 zu berichtigen ist, als ob es für die offene Handelsgesellschaft unbestritten wäre, daß sie mehrere Firmen nebeneinander führen könne.

Daß in Wirklichkeit auch für die offene Handelsgesellschaft die Frage eine bestrittene ist, ergeben die eigenen Zitate Hinsbergs.[1]) Den Anführungen Hinsbergs mag nachgetragen werden, auf der einen Seite Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften, S. 152, der speziell den Aktiengesellschaften das Recht, mehrere Firmen zu führen, versagt, und auf der andern Seite Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. Aufl., S. 184, der die Zulässigkeit bejaht.[2])

Als Ausgangspunkt der Untersuchung ist festzuhalten, daß für den Einzelkaufmann das Recht, mehrere Firmen nebeneinander zu führen, darunter insbesondere solche, die gemäß § 22 des Handelsgesetzbuchs erworben sind, noch niemals bestritten worden ist.

Es ist dieses Recht schon bei der Beratung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs[3]) anerkannt worden, es befindet sich in unbestrittener praktischer Übung und es fehlt auch nicht an einem positiven gesetzlichen Anhaltspunkt dafür, sofern in § 50 Abs. 3 des Handelsgesetzbuchs, der von der Bestellung eines Prokuristen für den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen eines Geschäftsinhabers handelt, vorausgesetzt ist, daß ein Geschäftsinhaber eine Mehrzahl von Niederlassungen unter verschiedenen Firmen betreibt. Es ist auch bei dieser Bestimmung nicht etwa bloß an den Fall gedacht, daß eine Hauptniederlassung und davon abhängige Zweigniederlassungen bestehen, sondern auch ebensowohl daran, daß verschiedene selbständige Niederlassungen betrieben werden.[4])

Festzuhalten ist ferner die Tatsache, daß das unzweifelhafte Bedürfnis des Geschäftsverkehrs, das die Erhaltung bestehender Firmen oft

---

[1]) Insbesondere wird die Zulässigkeit verneint von Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 7. Aufl., S. 129, ferner von Goldmann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. S. 96, II. S. 469—470.

[2]) Zu erwähnen ist hier auch eine Entscheidung des Landgerichts Stuttgart vom 28. Mai 1890, welche einer Aktiengesellschaft das Recht zuerkannt hat, die erworbene Firma eines Einzelkaufmanns zu führen und sie durch ihre Vorstandsmitglieder ebenso wie die Stammfirma der Aktiengesellschaft zeichnen zu lassen. (Nicht gedruckt.)

[3]) Kommissions-Protokolle, herausgegeben von Lutz, S. 74, 920, 952. Würzburg 1858—1863.

[4]) Gareis, Handelsgesetzbuch, Anm. 2 zu § 50. München 1898.

gebieterisch fordert, sich in gleicher Weise geltend macht, wenn eine Handelsgesellschaft, wie wenn ein Einzelkaufmann als Erwerber auftritt.

Es ist nun allerdings auch auf den Mittelweg verwiesen worden, daß eine Gesellschaft eine bestehende Firma mit dem Geschäft zwar erwerben und später auch weiter veräußern, aber nicht selbst führen dürfe.

So lehrt z. B. Ring für die Aktiengesellschaft,[1]) und auch Keyßner, der im allgemeinen nicht bloß die Erwerbung einer Firma, sondern auch deren Führung als zulässig ansieht, macht eine solche Unterscheidung in dem Fall, wo eine Aktiengesellschaft zwar durch ihren Vorstand die Firma erworben hatte, die Genehmigung der Generalversammlung zur Führung dieser Firma aber noch nicht erteilt war.

Er meint,[2]) damit sei eine solche Firma für den Ort ihres Sitzes „gedeckt", sie könne dann späterhin von der Aktiengesellschaft weiter veräußert werden.

Es leuchtet aber ein, daß durch dieses Auskunftsmittel das wirtschaftliche Bedürfnis entfernt nicht befriedigt wird, und daß dabei von einer wirksamen Erhaltung und sachgemäßen Ausnützung des in einer alten Firma liegenden Werts nicht mehr die Rede sein kann. Eine wirkliche Ausnützung der Firma ist eben gerade nur bei deren alsbaldiger und ununterbrochener Weiterführung möglich, nur so kann die Kontinuität der bestehenden alten Geschäftsverbindungen gewahrt werden. Haben die Kunden einmal längere Zeit von der alten Firma gar nichts mehr gehört, so werden jene geschäftlichen Beziehungen, die gerade den Wert der über-

---

[1]) Ring, Aktiennovelle, 2. Aufl., S. 184. Berlin 1893.

[2]) Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 21, S. 419. Die Ausführungen Keyßners erscheinen auf den ersten Augenblick widerspruchsvoll. Zunächst erklärt er (S. 417), der Aktiengesellschaft stehe nur ein Name, eine Firma zu. Er fährt aber fort, es sei der Aktiengesellschaft unbenommen, durch ihren Vorstand Handelsgeschäfte mit der Firma zu erwerben und erklärt es dann weiterhin auch für zulässig, daß durch eine statutarische Bestimmung der Vorstand ermächtigt wird, die erworbene Firma mit Wirkung für die Aktiengesellschaft zu zeichnen. Der scheinbare Widerspruch dürfte sich daraus erklären, daß Keyßner offenbar die bei der Gründung angenommene Firma als den eigentlichen „Namen" der Aktiengesellschaft, vergleichbar dem bürgerlichen Namen des Einzelkaufmanns betrachtet, die erworbene Firma dagegen als ein nebensächliches Attribut, dessen sie sich gelegentlich für einen bestimmten Kreis von Geschäften bedienen kann. Diese Auffassung dürfte vollkommen den Verkehrsanschauungen entsprechen, und sie ist auch innerlich begründet. Die Stammfirma ist etwas organisatorisch und begrifflich wesentliches, ohne sie ist die Aktiengesellschaft gar nicht denkbar. Die erworbene Firma dagegen ist eine Zutat, welche die Aktiengesellschaft ohne Beeinträchtigung ihres Wesens sich beilegen und wieder ablegen kann. Diese verschiedene Wertung der zweiten Firma ist übrigens nicht eine Besonderheit der Aktiengesellschaft; vielmehr gilt für die anderen Gesellschaftsformen ganz das gleiche.

nommenen Firma ausmachen, sich lockern und bald völlig vergessen sein, so daß die glückliche Inhaberin der Firma, wenn sie dieselbe nach Jahr und Tag weiter verkaufen wollte, nichts Vermögenswertes mehr zu veräußern haben würde.

Der Besitz einer Firma, die man nicht führen darf, ist jedenfalls praktisch und wirtschaftlich betrachtet, so gut wie wertlos.

Es erscheint aber auch die Erhaltung einer solchen Firma lediglich zum Zweck der Weiterveräußerung juristisch kaum durchführbar.

Es wird sich wohl kein Registerrichter finden, der eine Firma einträgt, die zwar einer Aktiengesellschaft gehören soll, die aber von dieser weder gezeichnet werden soll noch darf. Findet aber eine Eintragung der so erworbenen, gewissermaßen ruhenden Firma nicht statt, so kann auch von einem „Decken" und „Belegen" dieser Firma keine Rede sein.

Handelt es sich z. B. um eine Personenfirma, so kann einem Kaufmann des gleichen Namens oder einer Gesellschaft von Kaufleuten nicht die Gründung und Eintragung einer gleichlautenden Firma versagt werden, denn § 30 des Handelsgesetzbuchs verlangt die deutliche Unterscheidbarkeit neuer Firmen nur gegenüber den an demselben Orte bereits bestehenden und ins Handelsregister eingetragenen Firmen.[1]) Durch eine solche Neueintragung würde dann zweifellos eine Weiterveräußerung der von der Aktiengesellschaft erworbenen, aber zurzeit nicht eingetragenen Firma unmöglich gemacht, denn nunmehr hätte eben derjenige, der während des Ruhens der Firma sich hätte eintragen lassen, den Vorrang.[2])

Es steht sonach fest, daß den Handelsgesellschaften mit diesem Notbehelf nicht gedient ist, daß ihnen vielmehr, wenn die Gelegenheit oder auch die Notwendigkeit an sie herantritt, ein bestehendes Geschäft zu erwerben, nur dann die volle wirtschaftliche Ausnützung möglich ist, wenn sie geradeso wie ein Einzelkaufmann von der durch § 22 des Handelsgesetzbuchs erteilten Befugnis vollen Gebrauch machen können. Danach wird die weitere Fragestellung von vornherein nicht mehr darauf gerichtet sein müssen: wie läßt es sich begründen, die Handelsgesellschaften der Wohltat des § 22 teilhaftig zu machen, sondern es wird umgekehrt gefragt werden müssen, wie ließe sich ein Ausschluß der Handelsgesellschaften von dem Rechte des § 22 rechtfertigen? Mit andern Worten,

---

[1]) Solange allerdings die erworbene Firma auf den Namen des seitherigen Inhabers im Handelsregister eingetragen bleibt, besteht diese Gefahr, daß ein Dritter eine gleiche Firma erlangt, nicht.

[2]) Noch weitergehend: Opet in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 49, S. 121, der annimmt, daß schon durch vorübergehenden Nichtgebrauch der erworbenen Firma das Recht auf die Fortführung erlösche.

es erscheint gar nicht erforderlich, einen positiven, durch bestimmte Gesetzesvorschriften gestützten Beweis für die Anwendbarkeit des § 22 zu erbringen, vielmehr trifft die Beweislast die Vertreter der gegenteiligen Ansicht.

Die Anwendbarkeit des § 22 ist jedenfalls prima facie genügend begründet durch den Hinweis darauf, daß es sich hier um einen durchaus im Rahmen des normalen Geschäftsverkehrs sich haltenden Rechtsakt handelt und durch die weitere Erwägung, daß die Rechts- und Handlungsfähigkeit der genannten Gesellschaften auf dem Gebiete des Vermögensrechts grundsätzlich unbeschränkt ist,[1]) so daß ihr Ausschluß von einzelnen Rechtshandlungen besonders gesetzlich festgelegt sein müßte. Dies gilt auch auf dem Gebiete des Firmenrechts, dessen Wirkungen ja gerade hier unmittelbar vermögensrechtliche sind.

Eine solche ausdrückliche Bestimmung im Sinne einer Beschränkung der Handelsgesellschaften müßte um so mehr erwartet werden, als es sich ja im vorliegenden Fall nicht bloß um eine rein formelle Befugnis handelt, deren Versagung materielle Nachteile nicht im Gefolge hätte. Die Sache liegt vielmehr so, daß häufig schwere Schädigungen eintreten könnten, wenn die Anwendung des § 22 auf die Handelsgesellschaften nicht statthaft wäre.

Man denke an den Fall, daß eine Handelsgesellschaft in erheblichem Maße an einem andern Geschäfte beteiligt ist, dessen Fortbestand plötzlich durch den Tod des Inhabers in Frage gestellt ist. Hier liegt es zweifellos im Interesse der Erben ebenso wie der beteiligten Handelsgesellschaft, eine Auflösung zu vermeiden und statt dessen das Geschäft als Ganzes zu erhalten, und es kann weiter der Fall so liegen, daß diese Erhaltung im ganzen eben nur unter Beibehaltung der Firma möglich ist. Sehr häufig wird sich nun ein dritter Liebhaber, vielleicht gerade wegen der starken Beteiligung der Handelsgesellschaft nicht finden, so daß nur der Erwerb durch letztere übrig bleibt, soll nicht das hohe, wirtschaftliche Gut, welches das bestehende alte Geschäft samt seiner angesehenen Firma darstellt, nutzlos verloren gehen.

Die Vermeidung einer solchen Wertszerstörung kann oft geradezu im Interesse der nationalen Volkswirtschaft liegen, nämlich dann, wenn es sich um eine Firma handelt, die wichtige Geschäftsverbindungen nach dem Auslande unterhält („Weltfirmen").

Hier kann sich sehr leicht der Fall ereignen, daß mit dem Verschwinden einer bekannten Firma die seitherigen Geschäftsbeziehungen

[1]) Eltzbacher in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 45, S. 59 zu Anmerkung 39; für die Aktiengesellschaft Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften, S. 254.

überhaupt erlöschen und auf ausländische Konkurrenz übergehen, so daß ein dauernder Schaden für die nationale Volkswirtschaft erwächst.

Aber auch, wenn es sich nur um eine Verschiebung innerhalb des inländischen Geschäftsverkehrs handelt, bleibt doch, abgesehen davon, daß eben der in der Firma steckende Vermögenswert nicht den zunächst Beteiligten und Berechtigten erhalten bleibt, der Nachteil bestehen, daß neue Anstrengungen, vielleicht mit erheblichem Aufwand gemacht werden müssen, um die notwendigen neuen Geschäftsverbindungen einzuleiten.

Hierdurch dürfte klargestellt sein, daß eben nur ganz bestimmte gesetzliche Vorschriften den Ausschluß der Handelsgesellschaften von dem § 22 des Handelsgesetzbuchs rechtfertigen könnten.

Daß solche Bestimmungen nicht bestehen, soll später noch im einzelnen gezeigt werden, hier ist nur kurz darzulegen, daß im Gegenteil ausdrückliche Gesetzesvorschriften bestehen, welche für die Anwendbarkeit des § 22 sprechen.

Zunächst kommt in Betracht, daß die Ausdrucksweise des § 22 eine ganz allgemeine ist: „wer ein bestehendes Handelsgeschäft erwirbt." Diese allgemeine Ausdrucksweise deckt nicht bloß die physischen Personen, sondern auch die sonstigen Rechtssubjekte, welche als Kaufleute aufzutreten befähigt sind. [1])

Ebenso redet der schon erwähnte § 50 Abs. 3 des Handelsgesetzbuchs, in welchem der gleichzeitige Bestand mehrerer Niederlassungen unter verschiedenen Firmen vorausgesetzt ist, schlechtweg von dem „Geschäftsinhaber" ohne irgendeine Beschränkung auf physische Personen anzudeuten.

Besonders wichtig ist aber der schon berührte Umstand, daß im zweiten Satz des § 22 des Handelsgesetzbuchs die Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien ausdrücklich erwähnt sind.

Wenn es nämlich zweifellos und unbestritten ist, daß der erste Satz des § 22 des Handelsgesetzbuchs jedenfalls für Einzelkaufleute dahin auszulegen ist, daß hiermit auch die Beibehaltung und Führung der erworbenen Firma neben einer schon bestehenden gestattet sein soll und sodann der Satz 2 fortfährt, die Verpflichtung einer Aktiengesellschaft, die Bezeichnung als solche in ihre Firma aufzunehmen, werde hierdurch, d. h. durch die Möglichkeit des Erwerbs einer abgeleiteten Firma nicht berührt, so muß doch unbedingt angenommen werden, daß auch in diesem zweiten Satz die Erwerbung einer Firma und deren Beibehaltung seitens der Aktiengesellschaft in demselben Sinn und Umfang vorhanden ist, wie in dem ersten Satz. Es darf also behauptet werden, daß in der Tat in dem

[1]) Dies anerkennt auch Goldmann Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. S. 92, obwohl er im übrigen die gegnerische Auffassung vertritt.

§ 22 des Handelsgesetzbuchs speziell für die Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien eine ganz ausdrückliche Anerkennung des Rechts der gleichzeitigen Benützung einer erworbenen Firma enthalten ist.

Selbstverständlich sind sodann wegen der besonderen Hervorhebung dieser beiden Gesellschaftsformen, die nur wegen des für sie verlangten besonderen Zusatzes (Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien) nötig war, die offene Handelsgesellschaft u. s. w. nicht auszunehmen; auch diese erscheinen alsdann durch die allgemeine Ausdrucksweise des § 22 Satz 1 gedeckt.

Von besonderer Bedeutung ist sodann noch die Wahrnehmung, daß der Gesetzgeber überhaupt grundsätzlich die Einzelkaufleute und die Handelsgesellschaften bezüglich des Firmenrechts gleichzustellen sich bemüht hat.

Das Handelsgesetz hat für alle Kaufleute, soweit es sich um die Gründung neuer Firmen handelt, den Grundsatz der Firmenwahrheit durchzuführen gesucht und es ist insbesondere bei der Beratung des neuen Handelsgesetzbuchs sehr wohl erkannt worden, daß die Firmenwahrheit bei dem Einzelkaufmann ebenso wichtig sein kann, wie bei den Handelsgesellschaften. So ist in der Denkschrift I, S. 34 mit Recht hervorgehoben, daß die Mißstände, die infolge eines Irrtums über die Person des Inhabers eines kaufmännischen Geschäfts entstehen können, gerade im kleinen Geschäftsverkehr hervortreten können, und es ist daher auch für nötig erachtet worden, in dieser Richtung besondere Fürsorge zu treffen. (Vergl. den Art. 9 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch, jetzt § 15a der Gewerbeordnung.[1])

Zur Beleuchtung der Mißbräuche, die in dieser Beziehung gerade von Einzelkaufleuten geübt werden können, mag an die Zustände erinnert werden, wie sie z. B. in London bestehen, wo irgend ein Schwindler unter Benützung eines gemieteten Zimmers oder gar bloß eines Briefkastens gleichzeitig eine Anzahl Geschäfte unter den klangvollsten Firmen scheinbar betreibt, die sofort spurlos verschwinden, wenn eine genügende Anzahl vertrauensseliger Personen sich auf eine Geschäftsverbindung eingelassen und ihren Schaden davongetragen haben.

Wenn trotz Erkenntnis dieser Gefahren das Gesetz den Grundsatz der Firmenwahrheit überhaupt durchbrochen hat, so durfte es ihn konsequenterweise nicht bloß zugunsten der Einzelkaufleute, bei denen besonders leicht Mißbräuche möglich sind, durchbrechen, es mußte vielmehr die Mög-

[1]) Als Beispiel, wie es mit der Firmenwahrheit bei Einzelkaufleuten bestellt ist, mag angeführt werden, daß im Handelsregister des K. Amtsgerichts Stuttgart-Stadt neben 888 „wahren" Einzelfirmen 453 „unwahre" eingetragen sind, darunter 171 Firmen, die das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses vortäuschen.

lichkeit, bestehende Firmen zu erhalten, auch den Handelsgesellschaften offen lassen, und es spricht denn auch die ganze Anordnung des Gesetzes für die hier vertretene Auffassung. Das Handelsgesetzbuch gibt ja in den §§ 18 bis 20 gleichmäßig für Einzelkaufleute und Handelsgesellschaften die Vorschriften zur Erzielung möglichster Firmenwahrheit bei Neugründungen und gibt daran anschließend die ganz allgemein gehaltene, nicht auf bestimmte Arten von Kaufleuten sich beschränkende Bestimmung des § 22, welche die Fortführung alter Firmen ermöglicht.

Wenn in dem mehrerwähnten Satz 2 des § 22 den Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien die besondere Verpflichtung auferlegt ist, auch den erworbenen Firmen die Bezeichnung der Gesellschaftsform beizufügen, so läßt sich hieraus ein weiteres besonderes Argument für die hier vertretene Auffassung entnehmen. Es kann nämlich gesagt werden, daß der Gesetzgeber in diesem einen Punkt die genannten Gesellschaften etwas strenger als die Einzelkaufleute und andere Handelsgesellschaften behandeln wollte, sofern er bei ihnen unter allen Umständen die Gesellschaftsform ersichtlich gemacht wissen wollte. Gerade daraus, daß diese, aber auch nur diese einzige Beschränkung für nötig gefunden wurde, ist dann weiter zu schließen, daß im übrigen die Möglichkeit des Erwerbs und der Weiterführung bestehender Firmen jenen Gesellschaften gleichmäßig eröffnet werden wollte.

§ 3.

Widerlegung der Gegengründe.

Wenn in den bisherigen Ausführungen dargetan ist, daß nicht bloß schwerwiegende Gründe allgemeiner Art für die Bejahung der gestellten Frage sprechen, sondern daß auch wichtige Anhaltspunkte hierfür im Gesetz vorhanden sind, so soll nun weiter untersucht werden, ob nicht besondere für die einzelnen Handelsgesellschaften geltende Vorschriften im Wege stehen, wie dies von den Vertretern der gegenteiligen Ansicht behauptet wird.

I. Bezüglich der offenen Handelsgesellschaft wird von Staub [1]) und Goldmann [2]) geltend gemacht, dieselbe könne eine weitere Firma nicht führen, d. h. nicht „unter fremdem Namen" im Rechtsverkehr auftreten, denn ihr Wesen und Zweck bestehe darin, unter einer bestimmten gemeinschaftlichen Firma ein Handelsgewerbe zu betreiben. Hier ist offenbar aus der Begriffsbestimmung der offenen Handelsgesellschaft wie sie jetzt in § 105 des Handelsgesetzbuchs gegeben ist: „eine Gesellschaft,

[1]) Kommentar, 7. Aufl., Anm. 9 zu § 22.

[2]) Kommentar Bd. II, S. 470.

deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist u. s. w." in formalistischer Weise eine falsche Schlußfolgerung gezogen.

Zunächst wird gesagt werden dürfen, daß die Angabe eines formellen Zwecks, wie dies hier die Bezeichnung der Art des Gewerbebetriebs darstellt, niemals die Bedeutung haben kann, wie etwa die Angabe eines sachlich begrenzten Zwecks. Wenn z. B. in § 21 B.G.B. die Eintragung eines Vereins an die Voraussetzung geknüpft ist, daß dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sein dürfe, so ist kein Zweifel, daß es sich hier um eine streng einzuhaltende Begrenzung handelt, deren Überschreitung das Wesen des Vereins durchaus verändern würde.

Wenn sich dagegen zwei Kaufleute zu dem „Zweck" zusammenschließen, ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma zu betreiben, so wird diese Gemeinschaft doch nicht dadurch in ihrem Wesen beeinträchtigt, daß in einem einzelnen Fall ein Geschäft zwar mit sachlicher Wirkung für die Gesellschaft, aber formell nicht unter deren Firma abgeschlossen wird. Daß der Zweck, von dem § 105 des Handelsgesetzbuchs redet, nicht als eine drückende Fessel für die offene Handelsgesellschaft gedacht ist, derart, daß dieselbe sich gar nicht anders als eben unter der einmal gewählten Firma geschäftlich betätigen könnte, erhellt auch ohne weiteres aus einer Vergleichung der Fassung des Art. 85 des alten Handelsgesetzbuchs mit dem jetzigen § 105, der sachlich nichts Neues bringen sollte.

Wenn dort gesagt ist, eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben u. s. w., so konnte man auch schon aus dieser Fassung bei Aufstellung einer wissenschaftlichen Begriffsbestimmung herauslesen, daß es zum „Zweck und Wesen" der offenen Handelsgesellschaft gehört, eine gemeinschaftliche Firma zu haben.

Daß aber die Gesellschaft diese Firma in jedem einzelnen Fall führen müsse, wird aus jener Fassung nicht so leicht jemand ableiten, besonders wenn er den Art. 111 (§ 124) dazu nimmt, wo bestimmt ist, die offene Handelsgesellschaft könne unter ihrer Firma Rechte erwerben u. s. w.

Es zeigt sich hier an einem lehrreichen Beispiel, daß die Aufnahme formeller Begriffsbestimmungen in das Gesetz selbst, wie sie neuerdings beliebt ist, viel leichter zu unrichtiger Auslegung verführen kann, als die sachlich konkrete Ausdrucksweise der alten Gesetze.

Aus dem Art. 85 des alten Handelsgesetzbuchs war viel deutlicher ersichtlich, daß der Nachdruck bei der Begriffsbestimmung eben darauf gelegt werden muß, daß hier mehrere Einzelpersonen unter einer

gemeinschaftlichen Firma ein Handelsgewerbe betreiben, statt unter dem Namen oder der Firma, die ihnen als Einzelkaufleute gebühren würden. Im übrigen aber erfüllt die Firma der offenen Handelsgesellschaft denselben Zweck, und es kommt ihr dieselbe Bedeutung zu, wie der Firma eines Einzelkaufmanns. Es müßte daher, wenn die Auffassung Staubs richtig wäre, auch dem Einzelkaufmann die Führung einer fremden Firma begrifflich untersagt sein, denn es gehört gewiß auch zum „Zweck und Wesen" des Betriebs eines Einzelkaufmanns, daß er sich einer bestimmten Firma bedient; § 17 des Handelsgesetzbuchs sagt ja ausdrücklich, die Firma eines Kaufmanns ist der Name (nicht etwa ein Name), unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.[1])

In der Tat kann ja auch der Einzelkaufmann weder ohne Firma im Rechtsverkehr auftreten, noch darf er sich beliebige verschiedene Firmen beilegen.

In den Besitz verschiedener Firmen kann er vielmehr nur ausnahmsweise gelangen, entweder gerade auf dem Weg des § 22 oder gemäß § 30 des Handelsgesetzbuchs, wenn er an einem Orte, wo sein Name bereits als Firma geführt wird, eine zweite Niederlassung gründet, für die er dann seine eigene Firma nicht benützen darf.

Trotzdem sonach die Führung einer bestimmten Firma auch für den Einzelkaufmann ganz wesentlich ist, wird bei ihm niemand die Erwerbung einer fremden Firma gemäß § 22 als etwas Prinzipwidriges, dem Zweck seines Gewerbebetriebs Widerstreitendes ansehen.

Man wird dies vielmehr allgemein als eine ganz regelmäßige kaufmännische Betätigung ansehen. Genau so verhält es sich aber mit der offenen Handelsgesellschaft: ihre Firma hat eben die Besonderheit, daß es eine gemeinschaftliche, mehrere Personen deckende ist, über die Art und den Umfang ihres Gebrauchs aber gilt lediglich nichts besonderes.

Der Staubschen Auffassung ist sodann schon längst mit Recht der Art. 114 des alten Handelsgesetzbuchs (jetzt § 164 B.G.B.)[2]) entgegengehalten worden, wonach die offene Handelsgesellschaft durch die Handlungen ihrer gesetzlichen Vertreter auch dann unmittelbar verpflichtet wird, wenn dieselben nicht ausdrücklich in ihrem Namen handeln, wohl aber aus den Umständen hervorgeht, daß es sich um ein Geschäft der offenen Handelsgesellschaft handeln solle. Auch hier tritt ja beim Abschluß des einzelnen Geschäfts die offene Handelsgesellschaft nicht unter

[1]) Auf das Ungenaue dieser Ausdrucksweise hat schon Ehrenberg (Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 28, S. 51) aufmerksam gemacht.

[2]) Für die Aktiengesellschaft, vergl. Art. 230 des alten Handelsgesetzbuchs.

ihrer Firma im Rechtsverkehr auf und doch wird das Geschäft materiell sofort für und gegen sie wirksam.

Staub meint zwar, dieser Hinweis auf Art. 114 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs bezw. § 164 B.G.B. könne ihn nicht schlagen.

Es sei allerdings der ausdrückliche Gebrauch der Firma bei jedem einzelnen Rechtsgeschäft nicht erforderlich, aber in dem erwähnten Fall werde doch das durch den Vertreter erworbene Recht von der Gesellschaft unter ihrer Firma erworben.

Diese Aufstellung ist zweifellos unrichtig. Man kann wohl sagen, daß ein dergestalt erworbenes Recht unmittelbar *von* der Firma oder *für* die Firma erworben werde, *unter* der Firma aber wird es gerade nicht erworben. Das Verhältnis ist ganz das gleiche, ob eine offene Handelsgesellschaft ihren gesetzlichen Vertreter nach außen unter seinem Namen oder unter einer der Gesellschaft gehörigen zweiten Firma handeln läßt.

In beiden Fällen wird ihr Name oder wenigstens ihr ursprünglicher Name (denn auch die erworbene Firma ist nunmehr ein Name der offenen Handelsgesellschaft, so daß von einem Handeln „unter fremdem Namen" streng genommen gar nicht gesprochen werden kann) bei dem einzelnen Rechtsgeschäft nicht gebraucht, in beiden Fällen aber wird dasselbe unmittelbar für sie wirksam, denn alle Geschäfte der erworbenen Firma berühren ja aktiv und passiv allein die Gesellschaft, der die Firma gehört. Der Gläubiger, der erfährt, daß die Firma X, mit der er kontrahierte, der offenen Handelsgesellschaft Y gehört, kann ebenso seine Klage gegen die Firma Y richten, wie der Gläubiger, der mit dem Gesellschafter A von Y kontrahiert hat und nachträglich erfährt, daß gemäß § 164 B.G.B. ein Geschäft der Gesellschaft anzunehmen ist.

Wie unpraktisch die Staubsche Ansicht wäre, ergibt sich noch aus folgender Betrachtung: Die herrschende Ansicht erklärt es für zulässig, daß dieselben Personen unter verschiedenen Firmen verschiedene offene Handelsgesellschaften bilden können.[1])

Wenn also die offene Handelsgesellschaft X als solche die Firma Y nicht erwerben dürfte, so stünde doch nichts im Wege, daß ihre beiden Gesellschafter A und B erklären, wir vereinigen uns zu einer offenen Handelsgesellschaft zu dem Zweck, das Geschäft und die Firma Y zu übernehmen und zu betreiben.

Dabei könnten sie kurzerhand noch feststellen, daß für die Rechtsverhältnisse der so gegründeten zweiten Handelsgesellschaft dieselben Ver-

[1]) Vergl. Entscheidung des Kammergerichts in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 53, S. 199.

einbarungen maßgebend sein sollen, wie für die bereits unter der Firma X bestehende offene Handelsgesellschaft. Es wären alsdann ganz dieselben Personen unter genau denselben Bedingungen in zwei verschiedenen offenen Handelsgesellschaften vereinigt und sonach zum Gebrauch der verschiedenen Firmen befugt.

Dabei bestünde allerdings ein wesentlicher Unterschied gegenüber dem Fall, daß die offene Handelsgesellschaft X als solche das Geschäft und die Firma Y erworben hätte. Während im letzteren Fall trotz der verschiedenen Namen nur eine einheitliche Gesellschaft und ein einheitliches Gesellschaftsvermögen vorhanden wären, müßten im andern Fall die beiden Gesellschaften derart auseinander gehalten werden, daß z. B. die Zwangsvollstreckung in den Anteil eines Gesellschafters und die Konkurseröffnung über die Gesellschaften getrennt erfolgen müßte. Hierin kann aber doch keinerlei Vorteil erblickt werden, sondern nur eine unnötige Belästigung und Erschwerung des Rechtsverkehrs.

In diesem Zusammenhang mag noch auf die eben angeführte Entscheidung des Kammergerichts vom 11. November 1901 eingegangen werden, weil diese einen eigentümlichen Vermittlungsvorschlag macht.

Sie stellt den Satz auf, wenn eine offene Handelsgesellschaft das Geschäft eines Einzelkaufmanns mit der Firma erworben habe, so könne im Handelsregister nicht bei der erworbenen Firma als Inhaber die offene Handelsgesellschaft selbst, unter Abstandnahme von der Bezeichnung der einzelnen Gesellschafter eingetragen werden, vielmehr könne die Eintragung nur dahin stattfinden, daß als die nunmehrigen Inhaber die einzelnen Gesellschafter registriert werden.

Unter Hinweis auf die feststehende Rechtsprechung, daß dieselben Personen unter verschiedenen Firmen verschiedene offene Handelsgesellschaften bilden können, erwähnt sodann die Entscheidung, es könnte die angeordnete Form der Eintragung den Anschein erwecken, daß die unter verschiedenen Firmen verbundenen Personen getrennte Handelsgesellschaften bilden. Um diesen Anschein zu vermeiden, verweist das Kammergericht auf folgenden Ausweg: „Sollten die Gesellschafter ein Interesse daran haben, daß der Zusammenhang zwischen dem unter der Firma U & S (d. h. der alten offenen Handelsgesellschaft) betriebenen und dem hierzu erworbenen Geschäft einen besonderen Ausdruck im Handelsregister finde, so ließe dieser Zusammenhang sich möglicherweise durch eine zusätzliche Bemerkung wahren, wonach die Beteiligten als Inhaber der (erworbenen) Firma O & R, Buchhandlung und Antiquariat, in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter der (vorher zwischen ihnen bestehenden) offenen Handelsgesellschaft U & S eingetragen werden.

Einem derartigen Vermerke, der bisher nicht nachgesucht ist, stünde ein ersichtliches Bedenken nicht entgegen."

Diese Ausführungen erscheinen durchaus unklar. Man könnte zunächst zweifeln, welchen Sinn der Zusatz „die Beteiligten werden in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft eingetragen" haben soll. Wenn dies bedeuten sollte, daß die Beteiligten streng in ihrer gesellschaftlichen Zusammenfassung und nur nach Maßgabe ihres gesellschaftlichen Verhältnisses Eigentümer der neuen Firma sein sollen, derart, daß alle Veränderungen innerhalb der bestehenden Gesellschaft (Austritt eines Gesellschafters oder Eintritt eines neuen Gesellschafters) auch die Inhaberschaft der neuen Firma berühren sollen, so wäre damit in Wirklichkeit nichts anderes gesagt, als daß eben die offene Handelsgesellschaft U & S als solche Inhaberin der erworbenen Firma sei.

Da dies aber nach dem Tenor der Entscheidung offenbar nicht die Meinung des Kammergerichts ist, so bleibt nur die andere Auslegung jenes Zusatzes, daß eben nebenbei bemerkt werden soll, die Beteiligten seien zufällig auch Inhaber der offenen Handelsgesellschaft unter der Firma U & S. Wenn aber der Zusatz so gemeint ist, so gehört er sicherlich nicht in das Handelsregister, sowenig wie etwa im Handelsregister erwähnt werden könnte, daß die Beteiligten nebenher Besitzer gewisser Aktien seien.

Eben weil es sich in diesem Fall um einen ganz bedeutungslosen Zusatz handeln würde, und weil die Zugehörigkeit der Beteiligten zu der offenen Handelsgesellschaft U & S ihre Inhaberschaft der neuen Firma hiernach nicht in der Weise beeinflussen würde, daß ein Wechsel in der Zusammensetzung der alten Gesellschaft auch die neue berühren würde, würde es dann tatsächlich doch darauf hinauskommen, daß die Beteiligten unter der erworbenen Firma eine neue offene Handelsgesellschaft bilden würden.

Der vom Kammergericht erstrebte Ausweg erweist sich also als ungangbar, es gibt tatsächlich nur die beiden Möglichkeiten, daß entweder die offene Handelsgesellschaft als solche die zweite Firma erwirbt und führt, oder daß ihre Gesellschafter unter der erworbenen Firma eine besondere Handelsgesellschaft eingehen. Einen Mittelweg gibt es nicht, und es kann jedenfalls nicht anerkannt werden, daß das Handelsregister der Ort wäre, die dem Kammergericht vorschwebende besondere Gestaltung erkennbar zu machen.

II. Für die Kommanditgesellschaft können die seitherigen Ausführungen als unmittelbar anwendbar gelten, da sie ja im allgemeinen und jedenfalls in den hier wesentlichen Punkten, insbesondere bezüglich

des Erfordernisses der gemeinschaftlichen Firma dem Rechte der offenen Handelsgesellschaft untersteht (Handelsgesetzbuch § 161).

III. Bezüglich der Aktiengesellschaften (und das gleiche wie für diese, gilt für die Kommanditgesellschaft auf Aktien) sind früher[1]) Einwendungen schon aus der Bestimmung des § 20 (früher Art. 18 des Handelsgesetzbuchs) geschöpft worden, durch welchen die Form dieser Gesellschaftsfirmen genau vorgeschrieben ist.

Gegenüber diesen Bedenken, die in gleicher Weise für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung aus § 4 des Gesetzes vom 20. April 1892 abgeleitet werden können, ist mit Recht darauf hingewiesen worden,[2]) daß der § 20 ebenso wie die unmittelbar vorausgehenden Paragraphen eben nur von der Firma handelt, die bei Neugründung einer Gesellschaft angenommen werden will.

Für diesen Fall hat das Gesetz eine Reihe von Bestimmungen getroffen, die das Prinzip der Firmenwahrheit sichern, und speziell bei Gesellschaftsfirmen dafür sorgen sollen, daß schon aus der Firma die Art der Gesellschaft möglichst unzweideutig erkennbar ist.

Innerhalb dieses Geltungsgebietes, nämlich für neugegründete Firmen sind diese Vorschriften allerdings zwingender Natur, geradeso wie die entsprechenden Vorschriften über die Firma des Einzelkaufmanns.

Darüber hinaus aber, für den abgeleiteten Firmenerwerb, können sie keine Bedeutung beanspruchen, es folgt dies, wie bereits oben betont, schon aus der systematischen Anordnung des Gesetzes, wobei der § 22 den Einzelvorschriften über die verschiedenen neuen Firmen als eine allgemeine, für alle Arten von Kaufleuten geltende Bestimmung für abgeleitete Firmen nachfolgt.

Wenn aus dem § 20 irgend etwas gegen die Anwendbarkeit des § 22 für die Aktiengesellschaften gefolgert werden könnte, so müßte sich der gleiche zwingende Schluß aus § 18 für den Einzelkaufmann und aus § 19 für die offene Handelsgesellschaft ziehen lassen, da diese Bestimmungen an sich gleich kategorisch gehalten und gemeint sind. Trotzdem wird diese Folgerung von niemand gezogen, sie muß daher auch für die Aktiengesellschaften abgelehnt werden.

Wenn in der zitierten Entscheidung des Kammergerichts bei Johow, Bd. XVI, S. 5 besonderer Wert darauf gelegt ist, der in den Motiven ausgesprochene Zweck des Gesetzes, Täuschungen des Publikums dadurch

[1]) So in den Entscheidungen des Kammergerichts bei Johow, Jahrbücher, Bd. XII, S. 22, Bd. XVI, S. 5 und in der Entscheidung des bayr. obersten Landesgerichts bei Holdheim III, S. 35.

[2]) Hinsberg in Holdheims Zeitschrift, Jahrgang 6, S. 254.

zu verhindern, daß schon in der Firma der Charakter der Gesellschaft als Aktiengesellschaft zum Ausdruck komme, erfordere es unbedingt, daß die Vorschrift des Art. 18 (jetzt § 20) nicht bloß bei Neugründungen, sondern während der ganzen Dauer der Aktiengesellschaft, also auch bei späterer Annahme einer anderen Firma beachtet werde, so ist demgegenüber darauf hinzuweisen, daß der Gesetzgeber diesem Gedanken ja nunmehr durch Satz 2 des § 22 deutlichen Ausdruck gegeben hat. Darüber hinauszugehen und mehr zu verlangen, als die Beifügung des Zusatzes „Aktiengesellschaft" ist aber durch nichts gerechtfertigt.

Durchaus unzutreffend und oben schon widerlegt ist auch die Ansicht des bayr. obersten Landesgerichts, daß der § 22 als eine Ausnahme von dem vorher statuierten Prinzip der Firmenwahrheit streng zu interpretieren sei. In Wirklichkeit stehen die Bestimmungen über die Bildung neuer und die Annahme abgeleiteter Firmen nicht in dem Verhältnis der Regel zur Ausnahme, sondern es sind zwei selbständige, nebeneinander herlaufende Regeln für verschiedene Fälle (vergl. Hinsberg l. c. S. 253/54).

Von Staub und anderen wird sodann geltend gemacht, daß aus den §§ 182 und 233 des Handelsgesetzbuchs mit Sicherheit der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen sei, daß die Aktiengesellschaften nur *eine* Firma führen sollen, sofern darin angeordnet ist, daß der Gesellschaftsvertrag Bestimmungen über *die* Firma der Gesellschaft enthalten müsse, und daß die Zeichnung durch den Vorstand in der Weise geschehen müsse, daß die Zeichnenden zu *der* Firma der Gesellschaft ihre Namensunterschriften hinzufügen.

Dieser Grund ist schon in der zitierten Entscheidung des bayr. obersten Landesgerichts, die ja im übrigen auf dem hier bekämpften Standpunkt steht, als nicht durchschlagend bezeichnet worden und es ist demgegenüber von Hinsberg zutreffend darauf hingewiesen, daß aus dem Gebrauch der Einzahl und des bestimmten Artikels (*die Firma*) kein Schluß gezogen werden kann, wobei an die schon erwähnte Fassung der §§ 17, 19, 106 Abs. 2 Ziff. 2 des Handelsgesetzbuchs erinnert sein mag.

Die Besonderheit, daß das Gesetz speziell dem Gesellschaftsvertrag die Aufgabe zuweist, die Firma der Gesellschaft zu bestimmen, erklärt sich zur Genüge daraus, daß der Gesetzgeber, der der Aktiengesellschaft die Rechte der juristischen Person einräumt, ihr auch die nötigen Mittel an die Hand geben muß, um im Rechtsverkehr auftreten zu können. Dazu gehört unter anderem selbstverständlich der Besitz eines Namens.

Dem Einzelkaufmann braucht der Gesetzgeber nicht zu sagen, er müsse sich erst einen Namen beilegen, um ein Handelsgewerbe betreiben

zu können, er kann vielmehr ohne weiteres voraussetzen, daß der Einzelkaufmann mit einem Namen ausgestattet ist.

Bei der Aktiengesellschaft dagegen, einem Rechtssubjekt, das erst durch den Gesetzgeber mit den Organen ausgestattet werden muß, ohne die es die ihm verliehene Rechtsfähigkeit gar nicht betätigen könnte, mußte selbstverständlich ausdrücklich bestimmt werden, wie und durch wen der erforderliche Name geschöpft werden solle.

Von dieser Firma kann nun, ebenso wie von derjenigen des Einzelkaufmanns, entsprechend dem regelmäßigen Verlauf der Dinge gesagt werden, sie sei der Name, unter dem die Aktiengesellschaft ihre Handelsgeschäfte abschließe, deswegen braucht sie aber ebensowenig wie dort der ausschließliche Name zu sein.

Wenn die Aktiengesellschaft einmal mit ihrem Namen ausgestattet in den Rechtsverkehr eingetreten ist, so liegt kein Grund vor, ihre Bewegungsfähigkeit einzuschränken, und es ist nicht einzusehen, daß die besondere Art und Weise, wie sie zu ihrem ersten Namen gekommen ist, ihr unmöglich machen sollte, später einen weiteren Namen dazu zu erwerben. [1])

Nur in einer Beziehung muß dem Umstand, daß die Firma der Gesellschaft einen Bestandteil des Gesellschaftsvertrags bildet, Rechnung getragen werden: geradeso, wie die Wahl der ursprünglichen Firma oder die Annahme einer neuen an deren Stelle nur durch den Gesellschaftsvertrag oder im Wege seiner Abänderung erfolgen kann, so muß auch die Annahme einer neuen Firma neben der alten als eine Statutenänderung beschlossen werden.

Es wird zwar nichts im Wege stehen, dem Vorstand die Befugnis zuzuweisen, ein Geschäft mit der Firma zu erwerben, denn hierdurch wird ja zunächst nur die Möglichkeit begründet, die neue Firma zu führen, nicht aber eine Verpflichtung hierzu. [2])

---

[1]) Erwähnung verdient hier eine interessante Eintragung im Stuttgarter Handelsregister. Hier ist im Gesellschaftsregister eingetragen die Firma: „Buchhandlung des Deutschen Philadelphiavereins“ und als Eigentümer dieser Firma der deutsche Philadelphiaverein, ein eingetragener Verein, wobei bemerkt ist, der Verein habe den Zweck, unter dem deutschen Volk christliches Leben zu wecken und zu pflegen, diesem Zweck solle auch der Betrieb einer Buchhandlung behufs Verbreitung christlicher Schriften dienen. Der Registerrichter hat also hier dem eingetragenen Verein unbedenklich die Befugnis eingeräumt, unter einem zweiten Namen im Rechtsverkehr aufzutreten, obwohl auch der § 57 B.G.B. kategorisch bestimmt: „Die Satzung muß den Namen des Vereins enthalten.“ Dieser Standpunkt ist nur zu billigen, dagegen liegt hier das Bedenken nahe, ob nicht der § 21 B.G.B. verletzt ist.

[2]) Lehmann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Anm. 8 c zu § 22. Opet in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 49, S. 121.

Angesichts der unbeschränkten Vertretungsbefugnis des Vorstands ist auch die Möglichkeit zuzugeben, daß der Vorstand vor erfolgter Genehmigung durch die Generalversammlung und vor Eintragung in das Handelsregister sich der erworbenen Firma mit unmittelbarer Wirkung für die Aktiengesellschaft bedienen kann, es liegt auch hier ein Fall des § 164 B.G.B. vor.

Eine Eintragung im Handelsregister kann aber erst erfolgen, wenn die Generalversammlung im Wege der Statutenänderung beschlossen hat, daß die Aktiengesellschaft sich künftig auch der erworbenen Firma bedienen wolle. Bevor dies geschehen ist, ist die Aktiengesellschaft der erworbenen Firma auch nicht vollständig sicher, es besteht bis dahin jenes Zwischenstadium, auf welches oben bei Anführung der Ansicht Rings und Keyßners hingewiesen worden ist und es mag in diesem Zusammenhang nochmals betont werden, daß eine Verzögerung dieser Beschlußfassung unter Umständen das an sich gültig erworbene Recht auf die Fortführung der Firma hinfällig machen kann, wenn nämlich die erworbene Firma aus einem Personennamen besteht, und ein Kaufmann gleichen Namens in der Zwischenzeit sich die gleiche Firma eintragen läßt, woran er unter Umständen nicht gehindert werden kann.

Irgendeine formelle Frist für die auf Annahme der neuen Firma gerichtete Statutenänderung zu setzen, liegt aber kein Grund vor, denn das Recht, die Firma zu führen, ist bereits durch den Vorstand der Gesellschaft gültig erworben, und es bedarf nur eines einseitigen Aktes der Gesellschaft, um das erworbene Recht auch betätigen zu können.

Ebensowenig wie aus dem § 182 kann aus § 233 des Handelsgesetzbuchs geschlossen werden, daß die Firma der Aktiengesellschaft nur eine einzige ausschließliche sein dürfe, jene Bestimmung trifft eben die notwendige Vorsorge dafür, wie und durch welches Organ der Name der Aktiengesellschaft gezeichnet werden soll, und redet, wie dies allgemein in der Gesetzessprache üblich ist, von dem regelmäßigen Fall, daß *eine* bestimmte Firma besteht. (Vergl. wiederum die Ausdrucksweise des § 17.)

Ein Wille des Gesetzgebers, die Aktiengesellschaft auf die einmal gewählte Firma zu beschränken und ihr ein Recht zu versagen, das sonst jedem Kaufmann zusteht, kann aber hieraus nicht entnommen werden.

Es muß also auch den Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien das Recht zugesprochen werden, eine erworbene Firma nach Vornahme einer entsprechenden Statutenänderung neben ihrer seitherigen weiterzuführen, wobei nur die Einschränkung zu machen ist, daß gemäß Satz 2 des § 22 auch der neu erworbenen Firma der Zusatz

Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien hinzugefügt werden muß.[1])

IV. Bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf die im übrigen die für die Aktiengesellschaft gegebenen Ausführungen Anwendung finden können, wird in einer Entscheidung des Kammergerichts Johow, Bd. 14, S. 34, noch eine besondere Erwägung gegen die Zulässigkeit der Führung einer zweiten gemäß § 22 erworbenen Firma geltend gemacht, die zum Teil auch für die Aktiengesellschaft von Bedeutung ist.[2])

Die Entscheidung führt aus, daß für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung andere Gesichtspunkte maßgebend seien, als für einen Einzelkaufmann. Die Errichtung von Handelsgeschäften durch einen Einzelkaufmann sei von dem Handelsgesetzbuch nicht an die Beobachtung gewisser Normativbestimmungen geknüpft, wohl aber sei dies der Fall für die Bildung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und einer Aktiengesellschaft.

---

[1]) Bei dieser Gelegenheit mag auch die Frage erörtert werden, ob ein Einzelkaufmann, der das Geschäft und die Firma einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien erwirbt, beim Gebrauch der erworbenen Firma den Zusatz Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien weglassen muß. Es ist hier im Ergebnis der Ansicht Staubs, Kommentar, Anm. 9 zu § 22 zuzustimmen (vergl. auch Opet l. c., S. 122), der sich für die Weglassung ausspricht, mit der Begründung, weil eine Firma nicht den Zwecken direkter Täuschung dienstbar gemacht werden dürfe, könne es auch nicht zugelassen werden, daß die ausdrückliche Hervorhebung eines bestimmten Rechtsverhältnisses in der Firma figuriere, wenn das Sachverhältnis anders liege. Diese Begründung greift zwar etwas zu weit, denn auch, wenn ein Einzelkaufmann eine gewöhnliche Gesellschaftsfirma erwirbt, liegt eine ebenso in die Augen springende Unrichtigkeit vor, wie wenn er die Firma einer Aktiengesellschaft mit dem Zusatz führen würde, und doch ist ihm das erstere vom Gesetz ausdrücklich gestattet. Es wird aber gesagt werden müssen, daß das Gesetz auf den Zusatz Aktiengesellschaft ganz besondere Bedeutung legt und ihn schlechtweg nur da zulassen will, wo er wirklich paßt. Die Motive zum neuen Handelsgesetzbuch, Denkschrift 1, S. 37, erklären es für selbstverständlich, daß die Bezeichnung Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien nicht beibehalten werden dürfe, wenn sie infolge eines Wechsels der Firmeninhaber nicht mehr passe. Der Gesetzgeber wollte also offenbar durch die Vorschrift von Satz 2 des § 22 nicht bloß die Aktiengesellschaft *stets* als solche bezeichnet haben, sondern er wollte auch umgekehrt, was allerdings nicht expressis verbis gesagt ist, *nur* die Aktiengesellschaften mit diesem Zusatz bezeichnet sehen. Dasselbe gilt für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

[2]) Die Entscheidung in dem konkreten Fall war zweifellos richtig, weil die erworbene Firma gar keine von der Stammfirma getrennte Niederlassung und keinen getrennten Geschäftsbetrieb haben sollte. Die Stammfirma war gegründet nur zu dem Zweck, zwei andere Firmen zu erwerben und zu betreiben und hat diese am Tage nach ihrer Eintragung tatsächlich erworben. Hier läßt sich eine Trennung der Stammfirma und der erworbenen Firma gar nicht durchführen, und es ist allerdings richtig, daß für dieselbe Niederlassung und dasselbe Geschäft keine zwei Namen geführt werden können.

Hier müssen zum voraus bestimmte formelle und materielle Erfordernisse erfüllt sein, insbesondere kommen in Betracht die Bestimmungen über die Höhe des Kapitals und der Einzeleinlagen und die Leistung der Einzahlungen (§§ 2, 3, 7, 8, 11 des Gesetzes).

Diese Bestimmungen sollen nach der Ausführung der Motive unter anderem die Entstehung einer Überzahl unbedeutender und ungenügend fundierter Gesellschaftsbildungen verhüten, und es werde durch dieselben auch erreicht, daß, wenn eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche in das Leben trete, bei legalem Verfahren eine Gewähr dafür bestehe, daß den gesetzlichen Sicherungsvorschriften genügt und namentlich auch die Gesellschaft wenigstens ursprünglich auf einer gewissen finanziellen Grundlage errichtet sei.

Diese gesetzliche Fürsorge würde sich aber als illusorisch erweisen, wenn auf Grund eines einzigen Errichtungsvorgangs eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter beliebig vielen Firmen, welche nach der zwingenden Vorschrift im § 4 Abs. 2 des Gesetzes stets die zusätzliche Bezeichnung „mit beschränkter Haftung" enthalten müssen, nach außen hin erscheinen dürften.

Damit wäre ein Weg eröffnet, um die unerläßlichen Voraussetzungen für die Entstehung jeder Gesellschaft mit beschränkter Haftung, namentlich über das Stammkapital und dessen Deckung zu umgehen. Es würden trotz nur einmaliger Übernahme von Stammeinlagen im Gesamtbetrag von 20000 Mk. auf diese Weise tatsächlich so viele Gesellschaften mit beschränkter Haftung in den Verkehr treten können, als von der im Rechtssinn einer Gesellschaft Firmen angenommen werden. Eine derartige offensichtliche Umgehung des Gesetzes müsse als unzulässig erachtet werden.

Diese Ausführungen können jedoch nicht als durchschlagend erachtet werden. Die von dem Kammergericht angeführten Gesetzesbestimmungen verfolgen allerdings den angegebenen Zweck, der Gesellschaft eine angemessene wirtschaftliche Unterlage zu sichern. Sie suchen diesen Zweck aber nur auf dem Wege zu erreichen, daß sie bestimmte Minimalerfordernisse für die Gründung aufstellen, für die geschäftliche Betätigung der einmal ordnungsmäßig gegründeten Gesellschaft aber werden in dieser Beziehung keine Schranken gesetzt.

Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit dem geringsten zulässigen Kapital von 20000 Mk. ist rechtlich nicht gehindert, Millionengeschäfte zu machen, wenn sie jemand findet, der ihr das nötige Vertrauen hierfür entgegenbringt. [1])

[1]) Was auf diesem Gebiet möglich ist, zeigt folgendes, dem Staatsanzeiger für Württemberg, Nr. 288 von 1904 entnommene Beispiel. Eine Berliner Bankfirma, die 1893 als Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit 20500 Mk. Stammkapital gegründet

Sowenig das Gesetz den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft sachlich beschränkt, ebensowenig kann aus den oben erwähnten Bestimmungen des Gesetzes der Schluß gezogen werden, es habe die geschäftliche Betätigung der Gesellschaft nach der formellen Seite beschränkt werden wollen, daß sie bezüglich der Art ihres Auftretens besonders streng gehalten sein solle. Irgend eine besondere Gefahr für das mit der Gesellschaft in Verkehr tretende Publikum ist auch nicht zu erkennen:

Daß es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung handelt, ist ja auch bei Annahme einer zweiten Firma ersichtlich gemacht, jeder Gegenkontrahent ist also, wenn es sich um ein Geschäft handelt, bei dem die finanzielle Leistungsfähigkeit der Gesellschaft wesentlich in Betracht kommt, darauf hingewiesen, beim Handelsregister sich zu erkundigen, und hier erfährt er ohne weiteres, daß es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung von bestimmtem Stammkapital handelt, die gleichzeitig unter anderem Namen Geschäfte betreibt.

Wer sich aber nicht erkundigt, kann durch einen Irrtum, dem er sich bezüglich der Höhe des Gesellschaftskapitals hingibt, ebenso schwer geschädigt werden, wie durch seine Unkenntnis der mehrfachen Firmenführung.

Es liegt hier keineswegs ein besonders gefährliches Manöver vor, das unmöglich zu machen der Gesetzgeber besonders bestrebt sein müßte, und jedenfalls ist tatsächlich ein solcher Wille des Gesetzgebers nicht zum Ausdruck gekommen.

Es ist ja gewiß auch kein erwünschter Zustand und kann zu großen Täuschungen Anlaß geben, wenn ein kleiner Einzelkaufmann, der vielleicht nicht einmal die 20000 Mk. besitzt, welche die Gesellschaft mit beschränkter Haftung doch mindestens haben muß, ein halbes Dutzend verschiedener Firmen, darunter vielleicht hochtrabende Gesellschaftsfirmen führt, und doch ist es nicht für nötig gefunden worden, hiergegen Vorkehrungen zu treffen.

Die weitere Bemerkung des Kammergerichts, es bestehe auch kein wirtschaftliches Bedürfnis, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Führung verschiedener Firmen zu ermöglichen, ist schon durch die früher gegebenen Ausführungen widerlegt. Wenn es überhaupt in gewissen Fällen von Wichtigkeit und von großem wirtschaftlichem Wert ist, eine bestehende Firma zu erhalten, so kann dieser Fall bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ebenso eintreten, wie bei irgend einem anderen Kaufmann und es wäre ein unnötig umständlicher, kostspieliger und in vielen Fällen nicht genügender Umweg, wenn man die Teilhaber der Ge-

---

wurde, betrieb ihre Geschäfte in solchem Umfang, daß sie 1895 einen Abschluß mit 203155 Mk. Reingewinn (!) veröffentlichen konnte. Im Jahre 1904 hat dann diese unternehmende Firma mit 500000 Mk. Unterbilanz ihre Zahlungen eingestellt.

sellschaft mit beschränkter Haftung darauf verweisen wollte, in einem solchen Fall eine besondere Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu gründen.

V. Der Hinweis des Kammergerichts auf die Gefahren, welche das Auftauchen ungenügend fundierter Geschäfte mit sich bringen kann, gibt noch Veranlassung zu einer kurzen allgemeinen Betrachtung darüber, ob überhaupt wirtschaftliche Bedenken gegen die Führung verschiedener Firmen durch Handelsgesellschaften, insbesondere durch Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung bestehen, d. h. Bedenken besonderer Art, die nur bei diesen Gesellschaften, nicht aber auch bei Einzelkaufleuten vorliegen würden.

Es sind hierbei die Rücksichten auf die Gesellschaft selbst und deren Mitglieder und diejenigen auf das mit ihr in Beziehung tretende Publikum auseinander zu halten.

In ersterer Beziehung kann nicht anerkannt werden, daß irgendwelche erhebliche Bedenken vorliegen.

Der Erwerb und die Führung eines weiteren Geschäfts unter besonderer Firma ist gewiß meist eine Unternehmung von großer Tragweite für die erwerbende Gesellschaft. Immerhin ist es eine Sache, die sich grundsätzlich von anderen weittragenden und riskanten Geschäftsoperationen in keiner Weise unterscheidet, so daß ihretwegen auch kein Bedürfnis zur Aufstellung besonderer Beschränkungen besteht.

Es wird denn auch von Makower[1]) mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß das für die erwerbende Gesellschaft materiell gefährliche Moment in der Erwerbung des Geschäfts, nicht der Firma liege.

Da nun gegen das erstere nichts eingewendet werden kann, so wäre es inkonsequent, die mehr nebensächlich sich anschließende formale Folge des Geschäftserwerbs, nämlich die Fortführung der Firma als gefährlich zu erklären.

Was sodann das Verhältnis zum Publikum betrifft, so ist es richtig, daß hier Mißverständnisse und Unklarheiten entstehen können, diese sind aber nicht bloß auf den Fall beschränkt, daß eine Handelsgesellschaft eine andere Firma erwirbt und führt, sie sind vielmehr eine Folge davon, daß überhaupt das Prinzip der Firmenwahrheit nicht durchgeführt ist.

Wenn sich beim Einzelkaufmann unbestrittenermaßen nicht erkennen läßt, ob derselbe nur unter dieser Firma oder gleichzeitig unter einer ganzen Reihe anderer seine Geschäfte betreibt, so ist auch bei den Handelsgesellschaften kein Bedürfnis dafür vorhanden, daß die Firma eine einzige, ausschließliche sein müsse und jedenfalls ist aller wünschenswerten Vorsicht Genüge getan

[1]) Kommentar, 12. Aufl., S. 42.

durch die Bestimmung, daß auch bei den erworbenen Firmen die Organisation der Gesellschaft durch den Zusatz Aktiengesellschaft u. s. w. kenntlich gemacht werden müsse. Wenn alles dasjenige, was für die Kreditwürdigkeit einer Firma von Bedeutung sein kann, schon aus der Firma ersichtlich sein müßte, so wäre gerade bei den sogenannten kapitalistischen Vereinigungen in erster Linie eine Angabe über die Höhe des Kapitals erforderlich, denn dieser Punkt ist meist wichtiger, als die Frage, ob sich eine Gesellschaft verschiedener Firmen bedient. Trotzdem ist von einer solchen Vorschrift abgesehen.

Wer eben im Geschäftsverkehr Wert darauf legt, genau zu wissen, wem er gegenübersteht, muß unter allen Umständen das Handelsregister einsehen. Versäumt er dies, so kann er einem Einzelkaufmann gegenüber ebenso schwere und viel schwerere Täuschungen erleben, als gegenüber einer Handelsgesellschaft, über deren Zusammensetzung oder Kapitalkraft er sich keine oder falsche Vorstellungen gemacht hat. Dies schon durch den Wortlaut der Firma zu verhüten, ist eben schlechterdings unmöglich.

§ 4.

Die Eintragungen im Handelsregister und die Vertretung der erworbenen Firma.

Nachdem im bisherigen die Zulässigkeit der Firmenerwerbung und Firmenführung durch Handelsgesellschaften gemäß § 22 des Handelsgesetzbuchs festgestellt ist, mag noch kurz untersucht werden, wie eine derartige Übernahme einer zweiten Firma im Handelsregister zum Ausdruck kommt und wie sie sich insbesondere bezüglich der Firmenzeichnung praktisch gestaltet.

I. Voraussetzung für die Anmeldung und Eintragung ist bei der Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung zunächst ein unter den erschwerenden Bedingungen der Statutenänderung gefaßter Gesellschaftsbeschluß. Da dieser, um wirksam zu sein, in das Handelsregister desjenigen Gerichts eingetragen werden muß, bei dem die Gesellschaft ihren Sitz hat (vergl. § 277 Abs. 3 des Handelsgesetzbuchs und § 54 Abs. 3 des Gesetzes über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung), so ist die Eintragung im Handelsregister der erworbenen Firma erst möglich, wenn der Nachweis über jene zuvor erfolgte Eintragung am Sitze der Gesellschaft erfolgt ist. Es gilt dies ohne Rücksicht darauf, ob das erworbene Geschäft formell als Zweigniederlassung geführt wird oder selbständig und gleichberechtigt neben der erwerbenden Firma steht.

Handelt es sich um eine eigentliche Zweigniederlassung, so ist auch bei der offenen Handelsgesellschaft das Erfordernis der vorgängigen Eintragung beim Handelsregister der erwerbenden Firma zu beachten (vergl. § 13 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs), im übrigen bestehen hier keinerlei Formvorschriften, insbesondere ist jeder einzelne vertretungsberechtigte Gesellschafter zu der Anmeldung berechtigt und es kann nicht die Vorlegung eines Gesellschaftsbeschlusses verlangt werden.

Wohl aber wird der Registerrichter des Ortes, an dem die neue Firma geführt werden soll, berechtigt sein, zu verlangen, daß ihm der Nachweis darüber erbracht wird, daß die Gesellschaft bereits anderweitig unter besonderer Firma eingetragen ist.

Würde dieser Nachweis nicht erbracht, so dürfte der Registerrichter zweifellos den Antrag, die angeblich an drittem Orte unter besonderer Firma bestehende offene Handelsgesellschaft als Inhaber der Firma einzutragen, ablehnen.

II. Was sodann die Zeichnung der erworbenen Firma betrifft, so sind ohne weiteres dieselben Personen, die für die erwerbende Firma zeichnen dürfen, auch berechtigt, die erworbene Firma zu zeichnen.

Es wird ja unter beiden Firmen immer dasselbe Rechtssubjekt berechtigt und verpflichtet. Der Gebrauch der verschiedenen Firmen bedeutet im einzelnen Fall nur, daß die betreffende Rechtshandlung in den Komplex gerade desjenigen Handelsgewerbes fallen soll, für das die eine oder die andere Firma geführt wird.[1]) Dementsprechend haben auch sämtliche zeichnungsberechtigte Personen ihre Firmenzeichnung bei dem für die neue Firma zuständigen Gericht zu hinterlegen.

Die Zeichnung selbst erfolgt ganz in der Weise, wie sie für die einzelnen Gesellschaften vorgeschrieben ist, also z. B. bei der Aktiengesellschaft in der Art, daß die Vorstandsmitglieder der erworbenen Firma ihre Namensunterschrift beifügen. Eine Erwähnung der Stammfirma ist nicht erforderlich.

Auch Prokuristen der erwerbenden Firma sind ohne weiteres berechtigt, die neue Firma zu zeichnen, denn wenn einmal die alte Firma den Erwerb des anderen Geschäfts und dessen Führung auf sich genommen hat, so gehört auch alles, was unter dieser neuen Firma getätigt wird, zum Betrieb ihres Handelsgewerbes, auf den sich die Befugnis des Prokuristen gemäß § 49 des Handelsgesetzbuchs erstreckt.

Der Ausschluß eines Vertretungsberechtigten von der Zeichnung der einen oder anderen Firma ist bei Aktiengesellschaften mit Wirkung

[1]) Ehrenberg in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 28, S. 52.

nach außen überhaupt nicht möglich, es kann sich hierbei nur um intern wirksame Anordnungen über die Geschäftsverteilung handeln, vergl. § 235 des Handelsgesetzbuchs; das gleiche gilt für die Geschäftsführer der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 37 Abs. 2 des Gesetzes). Für die vertretungsberechtigten Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft dagegen, sowie für den Prokuristen kann gemäß § 126 Abs. 3 und § 50 Abs. 3 des Handelsgesetzbuchs eine wirksame Beschränkung der Vertretungsbefugnis dahin, daß dieselbe sich nur auf den Geschäftsbetrieb der einen Niederlassung erstrecken soll, verfügt werden, denn die Voraussetzung, daß die verschiedenen Niederlassungen verschiedene Firmen führen, ist ja hier immer erfüllt. Es ist aber nicht zu übersehen, daß praktisch auch hier nach außen kaum eine wirksamere Beschränkung erzielt wird, als durch die entsprechende statutarische Anordnung bei der Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Beschränkung wirkt nach außen eben nur in den Fällen, in denen die Beziehung des abzuschließenden Rechtsgeschäftes auf den einen oder anderen Geschäftsbetrieb dem anderen Kontrahenten deutlich erkennbar ist. Wenn dagegen ein dergestalt beschränkter Vertreter z. B. Wechsel akzeptiert, denen nicht anzusehen ist, welchen Teil des Gesamtgeschäfts sie angehen, so wird hierdurch eine gültige Verpflichtung erzeugt, auch wenn tatsächlich der Vertreter seine Befugnis überschritten haben sollte, d. h. die Wechselzeichnung nicht im Rahmen des Geschäftsbetriebs derjenigen Firma erfolgt ist, zu deren Vertretung er ermächtigt ist.

Durchaus unzulässig wäre natürlich eine Regelung der Vertretungsbefugnis, wie sie in dem von Keyßner in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 21, S. 419, Anm. 11 angeführten Fall getroffen war, daß bei einer Aktiengesellschaft die ursprüngliche Firma nur gemeinschaftlich von zwei Vorstandsmitgliedern, die erworbene Firma dagegen von jedem einzelnen sollte gezeichnet werden können. Eine solche Anordnung ist praktisch wertlos und rechtlich unwirksam. Da durch die Zeichnung jeder Firma die einheitliche Aktiengesellschaft gleichmäßig verpflichtet wird, so würde eine derartige Regelung nichts anderes bedeuten, als daß dieselben Vorstandsmitglieder, die — eben bei Benützung der neuen Firma — zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sind, für einen bestimmten Teil des Geschäftsbetriebs, nämlich die unter der Stammfirma geführten Geschäfte, in der Vertretung beschränkt sein sollen.

III. Nicht zu verkennen ist, daß bei der erforderlichen Eintragung in zwei Register die Anwendung des § 15 des Handelsgesetzbuchs insbesondere bezüglich der Vertretungsbefugnis oft erhebliche praktische Schwierigkeiten machen kann.

Wenn z. B. in dem Handelsregister der erwerbenden Firma das Erlöschen einer Vertretungsbefugnis eingetragen ist, in dem Handelsregister der erworbenen Firma dagegen noch nicht, so ist es fraglich, ob, wenn das Erlöschen der Vertretungsbefugnis geltend zu machen ist, dem Gegenkontrahenten die Regel des Abs. 1 oder die Regel des Abs. 2 des § 15 entgegenzuhalten ist.

Folgerichtig wird der Abs. 2 des § 15 anzuwenden sein:

Durch die Eintragung im Handelsregister der erworbenen Firma gilt es an sich als bekannt, daß diese Firma der erwerbenden Firma gehört. Demnach muß der Dritte auch wissen, daß Veränderungen in der Vertretung der erwerbenden Firma (wenigstens soweit es sich um die allgemein vertretungsberechtigten Personen handelt) unmittelbar die Vertretung der erworbenen Firma berühren. Der Dritte wird also, auch wenn das Erlöschen der Vertretungsbefugnis erst in einem Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht ist, nur durch einen doppelten Gegenbeweis sich schützen können: er muß bezüglich der Eintragung in beiden Registern nachweisen, daß er sie weder kannte noch kennen mußte.

Die geschilderten Schwierigkeiten können aber wiederum nicht etwa als ein Beweis gegen die hier verteidigte Zulässigkeit der doppelten Firmenführung verwertet werden, denn sie können, wie keiner weiteren Ausführung bedarf, ebenso auftreten, wenn ein Einzelkaufmann mehrere Firmen führt, und sie können auch schon bei einheitlichen Firmen mit Zweigniederlassungen in die Erscheinung treten.

II. Abschnitt.

Die Beteiligung einer offenen Handelsgesellschaft (u. Kommanditgesellschaft) oder Aktiengesellschaft (und Kommanditgesellschaft auf Aktien, sowie Gesellschaft mit beschränkter Haftung) an einer offenen Handelsgesellschaft.

§ 5.

Über den Stand der Streitfrage und das praktische Bedürfnis einer solchen Beteiligungsform.

I. Über den Stand der Streitfrage unterrichten die Zitate in der Abhandlung Eltzbachers in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 45, S. 40 ff. Aus der späteren Literatur mögen erwähnt werden:

Goldmann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, S. 470; Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften, S. 255, Anm. 7, derselbe in Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Anm. 3 zu § 105; Kolb, Kann eine Aktiengesellschaft

a) einem anerkannten Verein,

b) einer offenen Handelsgesellschaft,

c) einer eingetragenen Genossenschaft als Mitglied angehören? S. 14 ff., Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 46, S. 140 ff., die sämtlich die Möglichkeit einer Beteiligung an der offenen Handelsgesellschaft verneinen, andererseits Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, XII. Aufl., S. 181; Hartmann, die Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft und ihre Verbindung mit Handelsgesellschaften, insbesondere S. 71 ff.; Moll in Holdheims Zeitschrift XII, S. 150 ff., welche die Zulässigkeit einer solchen Verbindung bejahen.

II. Es erscheint zunächst angebracht, einige Bemerkungen über die Frage vorauszuschicken, ob überhaupt ein Bedürfnis für eine derartige Assoziationsform besteht. Diese Frage dürfte zu bejahen sein, schon wenn man die ziemlich umfangreiche Liste derartiger offener Handelsgesellschaften betrachtet, die Pappenheim in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 46, S. 412 ff. allein aus dem Wiener Handelsregister herausgezogen hat. Auch sonst hat sich die Rechtsprechung schon mit dem Versuch derartiger Gesellschaftsbildungen zu befassen gehabt, vergl. außer den bei Eltzbacher zitierten die

Zulässigkeit verneinenden Entscheidungen auch den Beschluß des Kammergerichts in Johows Jahrbuch, Bd. 2, S. 20 ff., woselbst die ganz gleichartige Frage, ob sich eine offene Handelsgesellschaft an einer Kommanditgesellschaft als persönliche haftende Teilhaberin beteiligen kann, bejaht ist, ein Standpunkt, den das Kammergericht allerdings in späteren Entscheidungen ebenso wie das Reichsgericht verlassen hat. Auch in der Schweiz sind nach dem Zeugnis von Hartmann in seiner eben zitierten Inauguraldissertation (S. 75) derartige Eintragungen nachgesucht worden und sie werden hier auf Grund einer präjudiziellen Entscheidung des eidgenössischen Justizdepartements jetzt anstandslos vollzogen. Die aus dem Wiener Handelsregister entnommenen Beispiele lassen überwiegend einen doppelten Grund für die Bildung einer derartigen Gesellschaft erkennen. Bei einem großen Teil jener Gesellschaften handelt es sich um Lieferanten für Armeebedürfnisse, wobei der Militärfiskus bei Erteilung außerordentlich großer Bestellungen Wert darauf legt, mit einer Firma derart zu kontrahieren, daß diese ihm für die Vertragserfüllung einer Reihe von Firmen in möglichst wirksamer Weise garantiert. Pappenheim erwähnt am angeführten Ort, daß die österreichische Militärverwaltung Lieferungsverträge mitunter nur unter der Bedingung abschließe, daß die offerierenden Firmen sich zu einer neuen offenen Handelsgesellschaft zusammenschließen. Es zeigen diese Beispiele, daß es sich nicht um eine willkürliche Kombination, sondern um eine durch das Verkehrsbedürfnis geforderte Gesellschaftsform handelt. Dasselbe gilt für die zweite Gruppe derartiger Vereinigungen, bei denen anscheinend eine Kartellierung unter Herstellung einer möglichst innigen Interessengemeinschaft beabsichtigt ist.

Für Kartelle bieten sich ja allerdings eine ganze Anzahl von Vereinigungsformen, es sind aber sehr wohl Fälle denkbar, in denen alle die anderen Möglichkeiten den Bedürfnissen des Verkehrs nicht in vollem Maße entsprechen. Es ist daher nicht angängig, die Beteiligten einfach auf die zu Gebote stehenden anderen Gesellschaftsformen zu verweisen. Was zunächst die offene Handelsgesellschaft betrifft, so ist schon von Eltzbacher[1]) zutreffend darauf hingewiesen, daß unter Umständen weder die Aufnahme eines Dritten in die bestehende offene Handelsgesellschaft, noch die Gründung einer neuen offenen Handelsgesellschaft durch die Gesellschafter der alten und den oder die beizuziehenden Dritten den Bedürfnissen der Parteien gerecht wird. Denn im ersteren Fall würde der Dritte für sämtliche Verbindungen der alten Gesellschaft mithaften, während er doch vielleicht an deren ganzem Geschäftsbetrieb gar kein Inter-

[1]) Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 45, S. 40.

esse hat, sondern nur an dem beschränkten oder ganz anders gearteten Gewerbebetrieb des neuen Unternehmens.

Im zweiten Fall aber würde gerade das nicht in die Erscheinung treten, daß die Beteiligung an der umschließenden offenen Handelsgesellschaft nicht ein Privatunternehmen der einzelnen Teilhaber der alten Gesellschaft sein soll, sondern gemeinschaftliche Gesellschaftssache, derart, daß die ganzen Ergebnisse des neuen Unternehmens immer nur die Gesellschaft als solche berühren und umgekehrt auch Änderungen, die in der umschlossenen Gesellschaft vor sich gehen (Ausscheiden oder Neuaufnahme eines Mitglieds) ohne weiteres für die umschließende Gesellschaft wirksam werden.

Dadurch wird vor allem ermöglicht, daß trotz Beibehaltung einer gewissen Bewegungsfreiheit für die zu der umschlossenen Handelsgesellschaft vereinigte Gruppe doch das Gefüge der neuen Gesellschaft durch derartige Veränderungen nicht gelockert wird.

Dies ist eine Erscheinung, die allerdings von manchen Schriftstellern gerade für unzulässig erklärt und zu einem Einwand gegen die Möglichkeit einer solchen Kombination verwertet wird, worauf später einzugehen sein wird.

Ebensowenig geht es bei der Aktiengesellschaft an, diese für ähnliche Fälle auf die Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Kommanditgesellschaft zu verweisen, wie dies z. B. Holdheim[1]) tut.

Allerdings kann die Gesellschaft mit beschränkter Haftung den Zwecken der Kartellierung auch bei Unternehmungen größten Stiles dienen, wie dies neuerdings durch den Zusammenschluß der Siemens-Schuckert-Werke bewiesen worden ist, aber ein Bedürfnis wie dasjenige, wegen dessen sich z. B. die österreichischen Militärlieferungsgesellschaften in den von Pappenheim angeführten Fällen vereinigt haben, könnte in der Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht befriedigt werden, und ebensowenig wird diejenige der Kommanditgesellschaft genügen in den Fällen, in denen die neue Gesellschaft Gewicht darauf legen muß, für möglichst kreditwürdig zu gelten.

§ 6.

Positiver Nachweis der Zulässigkeit und Übersicht über die Gegengründe.

Ein Verkehrsbedürfnis in der Richtung, daß auch den offenen Handelsgesellschaften (und Kommanditgesellschaften), sowie den Aktiengesellschaften (und Gesellschaften mit beschränkter Haftung) die Beteiligung an einer

[1]) In seiner Zeitschrift I, S. 197.

offenen Handelsgesellschaft offenstehen soll, wird hiernach zweifellos anzuerkennen sein.

Auf diese Frage des praktischen Bedürfnisses ist ebenso wie bei der zuerst behandelten Frage besonderes Gewicht zu legen, denn es ist eben mit Rücksicht hierauf zu sagen, daß im Zweifel diejenige Meinung den Vorzug verdient, welche die Bedürfnisse des Handels am besten zu befriedigen geeignet ist, nicht aber diejenige, welche ihm unnötige lästige Fesseln auferlegt.

Nimmt man hinzu, daß, wie ebenfalls oben schon erörtert, grundsätzlich die Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaft auf dem Gebiete des Vermögensrechts unbeschränkt ist, und daß insbesondere auch die Aktiengesellschaft unbestrittenermaßen der Mitgliedschaft in einer anderen Korporation fähig ist,[1]) so ist als Ausgangspunkt festzuhalten, daß den Handelsgesellschaften alle diejenigen Befugnisse zuerkannt werden müssen, von denen sie nicht besonders durch die Gesetze ausgeschlossen sind. Dieser Gesichtspunkt ist auch in der erwähnten Entscheidung des Kammergerichts bei Johow, Bd. 2, S. 20 ff. in den Vordergrund gestellt, indem daselbst gesagt ist, nach Art. 111 des (alten) Handelsgesetzbuchs könne die Handelsgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, also könne sie sich auch mit anderen zu einer offenen Handelsgesellschaft verbinden.

Dieser Standpunkt ist zweifellos richtig, und es ist deshalb nicht weiter verwunderlich, wenn in der Literatur, wie Eltzbacher in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 45, S. 42 und S. 58 bemerkt und wie auch das Kammergericht in der Entscheidung bei Johow, Bd. 11, S. 17 ff. geltend macht, eine ausführliche Begründung für die Zulässigkeit der Beteiligung nicht gegeben wird. Auch hier, wie bei der zuerst behandelten Frage muß gesagt werden, daß die Gegner die Beweislast tragen. Die positive Begründung der hier vertretenen Ansicht ist schon durch die seitherigen allgemeinen Erwägungen gegeben und es kann sich des weiteren nur darum handeln, die geltend gemachten Gegengründe im einzelnen zu entkräften.

Dabei sollen von den in der Literatur erhobenen Einwendungen zunächst diejenigen besprochen werden, welche auf Grund positiver Gesetzes-

[1]) Eltzbacher in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 45, S. 59, Anm. 39. Lehmann, Recht der Aktiengesellschaft, S. 255. Es bestreitet niemand einer offenen Handelsgesellschaft oder Aktiengesellschaft die Befugnis, sich an einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, einer stillen Gesellschaft, einer Kommanditgesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, oder an einer andern Aktiengesellschaft zu beteiligen, ja sogar sämtliche Aktien oder Geschäftsanteile einer andern Gesellschaft zu erwerben. Die Fähigkeit, gesellschaftliche Verbindungen im allgemeinen einzugehen, ist also unzweifelhaft.

bestimmungen formeller Art es für unmöglich erklären, daß eine offene Handelsgesellschaft eine andere offene Handelsgesellschaft oder eine Gesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Mitglied aufnimmt.

Hierher gehören auch die Einwendungen, welche darauf gestützt sind, daß bei Zulassung der Beteiligung von Handelsgesellschaften das Handelsregister die ihm zugewiesene Aufgabe, über die Rechtsverhältnisse der eingetragenen Gesellschaft Auskunft zu erteilen, nicht richtig erfüllen könne.

Weiter ist einzugehen auf die Gründe derjenigen Gegner, welche aus inneren Gründen eine solche Mitgliedschaft mit dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft als unvereinbar erklären.

Eine weitere Gruppe bilden diejenigen, welche aus den gesetzlichen Bestimmungen heraus, die für die aufzunehmenden Gesellschaften gelten, diesen die Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft verbieten wollen.

Als in der Mitte zwischen den beiden letztgenannten Erwägungen stehend muß schließlich die Ansicht derjenigen widerlegt werden, welche aus dem Wesensunterschied der verschiedenen Gesellschaften die Unmöglichkeit einer Verschmelzung ableiten wollen.

Zuletzt ist noch auf den Einwand einzugehen, das durch eine Vereinigung von Handelsgesellschaften entstandene Gebilde sei überhaupt nicht lebens- und aktionsfähig, sondern ein „juristisches Monstrum“ [1]), das im Rechtsverkehr gar nicht auftreten könne.

Wenn diese Ansicht richtig wäre, d. h. die praktische Lebensfähigkeit einer solchen Vereinigung zu leugnen wäre, so könnte natürlich die Begründung der theoretischen Möglichkeit nichts helfen.

§ 7.

Die formellen Einwendungen.

I. Was die zuerst erwähnten formellen Gründe betrifft, so sind diese ausführlich entwickelt in der schon erwähnten Entscheidung des Kammergerichts vom 16. Februar 1891 bei Johow, Bd. 12, S. 17.

Es wird hier zunächst verwiesen auf den Wortlaut des Handelsgesetzbuchs, insbesondere auf die Bestimmungen in Art. 85 (zwei oder mehrere Personen), Art. 86, Abs. 2, Ziff. 1 (Angabe des Namens, Vornamens, Standes und Wohnortes jedes Gesellschafters bei Anmeldung zum Handelsregister), Art. 88 (persönliche Zeichnung und Anmeldung der Firma), Art. 105 (Befugnis des von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafters, sich persönlich vom Gang der Gesellschaftsangelegenheiten zu unterrichten), Art. 123, Ziff. 2 (Tod eines Ge-

[1]) Vergl. das Zitat bei Holdheim, Monatschrift I, S. 195.

fellschafters als Auflösungsgrund), Art. 123, Ziff. 6 (Eingehung einer Gesellschaft auf Lebenszeit), Art. 125, Abs. 2, Ziff. 5 (Krankheit eines Gesellschafters als Rechtfertigung für das Verlangen sofortiger Auflösung), also lauter Bestimmungen, die auch im neuen Handelsgesetzbuch wiederkehren, so daß ein hierauf gestütztes Bedenken, wenn durchschlagend, auch jetzt noch anerkannt werden müßte.

Aus der Gesamtheit dieser Rechtsnormen soll sich ergeben, daß das Handelsgesetzbuch nur physische Personen als offene Gesellschafter anerkenne.

Daß diese Schlußfolgerung, die sich z. B. auch das Oberlandesgericht Hamburg in einer Entscheidung vom 19. Dezember 1890 (Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 40, S. 457 und Seufferts Archiv, Bd. 46, S. 324 ff.) zu eigen macht, durchaus unzutreffend ist, ist bereits von Vertretern der hier bekämpften Ansicht selbst zugegeben, so von Holdheim in einer Besprechung der erwähnten Entscheidung des Kammergerichts in seiner Wochenschrift, Bd. I, S. 195, und in einer Anmerkung des Einsenders der Hamburger Entscheidung bei Seufferts Archiv l. c. S. 326.

Ausführlich widerlegt sind diese Gründe auch in der Abhandlung von Moll, Holdheims Zeitschrift, Bd. 13, S. 150 ff.

Kurz zusammengefaßt läßt sich mit Holdheim sagen, daß allerdings aus jener Ausdrucksweise des Gesetzes soviel zu entnehmen ist, daß der Gesetzgeber zunächst vielleicht nur an physische Personen als Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft gedacht hat. Das Gesetz hat eben hier wie anderwärts nur für den Normalfall eine ausdrückliche Regelung getroffen, damit sind aber besondere Fälle nicht ohne weiteres ausgeschlossen, vielmehr bleibt offen, für diese, d. h. also hier für die Beteiligung der Handelsgesellschaften, die für den Regelfall gegebenen Vorschriften des Gesetzbuches sinngemäß anzuwenden.

Daß die erwähnten Vorschriften nicht die ihnen von den Gegnern zugesprochene Bedeutung haben können, erhellt daraus, daß auch sonst die Gesetzesvorschriften in ähnlicher Weise auf physische Personen zugeschnitten sind, z. B. in Art. 151, Abs. 2, jetzt Art. 162 des Handelsgesetzbuchs, wo ebenfalls von Vorname, Stand und Wohnort des Kommanditisten die Rede ist, in Art. 170 des alten und § 177 des neuen Handelsgesetzbuchs, woselbst der Tod des Kommanditisten und ferner in Art. 264 bezw. § 339, woselbst der Tod des stillen Gesellschafters erwähnt ist.

Auch aus diesen Bestimmungen könnte mit dem gleichen Recht geschlossen werden, daß eine juristische Person oder eine offene Handelsgesellschaft weder als Kommanditistin noch als stille Gesellschafterin auftreten könnte, eine Folgerung, die aber von niemand gezogen wird.

Wie wenig man sich auf anderen Gebieten scheut, trotz einer auf physische Personen zugeschnittenen Ausdrucksweise des Gesetzes dessen Bestimmungen auch auf juristische Personen auszudehnen, zeigt das von Holdheim gegebene Beispiel, daß die Strafvorschriften für Gründer unbedenklich auf die gesetzlichen Vertreter einer gründenden Aktiengesellschaft angewendet werden. Ebenso lehrreich sind die von Moll angeführten Beispiele aus der Zivilprozeßordnung, die ergeben, daß Ausdrücke, wie „persönliches Erscheinen" oder „persönliche Einsichtnahme" nicht bloß auf physische Personen bezogen werden dürfen.

II. Der weitere formelle Einwand, bei Aufnahme einer offenen Handelsgesellschaft oder Aktiengesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft könne das Handelsregister seinem Zwecke, über die Zusammensetzung der umschließenden offenen Handelsgesellschaft Auskunft zu geben, nicht genügen, läßt sich schon durch die von Eltzbacher l. c. S. 49 geltend gemachte Erwägung erledigen, daß diese Auskunft tatsächlich eben durch stillschweigende Verweisung auf das Handelsregister der umschlossenen Gesellschaft erteilt wird. Wer überhaupt das Bedürfnis hat, sich über die Zusammensetzung der umschließenden Gesellschaft zu erkundigen, der muß eben, wenn er aus dem Handelsregister ersieht, daß sie eine andere Gesellschaft zu ihrem Mitglied hat, bei deren Handelsregister weitere Erkundigungen einziehen, geradeso, wie er es vielleicht für nötig findet, über die Person eines einzelnen Teilhabers anderwärts noch weitere Auskünfte einzuholen, die sich aus dem ersten Handelsregister nicht ersehen lassen.

Es muß übrigens im Gegensatz zu Eltzbacher (l. c. S. 50) gesagt werden, daß keineswegs in allen Punkten das Publikum auf diese Einsicht des zweiten Handelsregisters angewiesen ist.

Es erscheint vielmehr notwendig, daß gewisse Veränderungen in der Zusammensetzung der umschlossenen Gesellschaft auch bei dem Handelsregister der umschließenden Gesellschaft angemeldet werden, natürlich nicht durch die Organe der umschlossenen Gesellschaft, denen gegenüber der Registerführer der umschließenden Gesellschaft keine Strafgewalt zur Erzwingung von Anmeldungen hätte, sondern durch die Organe der umschließenden Gesellschaft. Solche Anmeldungen sind nämlich immer nötig, wenn die umschlossene Gesellschaft als solche zur Vertretung der umschließenden befugt ist und nun in ihrer eigenen gesetzlichen Vertretung sich eine Änderung vollzieht.

In solchen Fällen kann nicht gesagt werden, die Vertretung der umschließenden Gesellschaft bleibe grundsätzlich unverändert, denn es sei eben nach wie vor die umschlossene offene Handelsgesellschaft oder Aktiengesellschaft als solche zur Vertretung ermächtigt.

Das vertretungsberechtigte Rechtssubjekt wechselt in diesen Fällen allerdings nicht. Da dessen Vertretungsbefugnis aber nur durch bestimmte physische Personen ausgeübt werden kann, so ändert sich tatsächlich auch die Vertretung der umschließenden Gesellschaft. Es hat sich also in einem solchen Fall die Zeichnung der umschließenden Firma, wie sie gemäß § 108 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs bei deren Handelsregister zu hinterlegen ist, geändert und diese Änderung muß hier angemeldet werden.

Dies ist also z. B. zu beachten für die Fälle, in denen ein neuer Teilhaber in die offene Handelsgesellschaft eintritt oder ein Gesellschafter austritt, oder wenn ein Teilhaber der umschlossenen Gesellschaft, der bisher zu deren Vertretung und damit auch zur Vertretung der umschließenden Gesellschaft ermächtigt war, ohne auszutreten dieses Recht verliert. In allen diesen Fällen, ebenso beim Wechsel des Vorstands oder der Geschäftsführer bei der teilnehmenden Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird die Zeichnung der umschließenden Firma ganz unmittelbar beeinflußt, und es tritt daher die Anmeldungspflicht auch für diese ein, da sonst die beim Handelsregister der umschließenden Firma hinterlegten Unterschriften irreführen würden.

§ 8.

Sachliche Einwendungen aus der Natur der offenen Handelsgesellschaft.

Es ist sodann überzugehen zu dem sachlichen Grund, daß das Wesen der offenen Handelsgesellschaft als einer Vereinigung von beschränkter geschlossener Mitgliederzahl die Aufnahme einer anderen offenen Handelsgesellschaft oder einer Aktiengesellschaft nicht dulde.

I. Es wird gesagt, weil die umschließende Gesellschaft die Aufnahme neuer Teilhaber in die umschlossene Gesellschaft oder das Ausscheiden von solchen nicht hindern könnte, wäre sie in dieser Hinsicht von ihren Genossen völlig abhängig und das Kennzeichen individueller Verbindung von Personen wäre völlig fallen gelassen.

Auch dieser Grund kann nicht als durchschlagend erachtet werden, denn die hier betonte Geschlossenheit der offenen Handelsgesellschaft ist eben nicht so streng durchgeführt, daß die Aufnahme einer anderen Gesellschaft als Teilhaberin das Wesen der offenen Handelsgesellschaft alterieren würde.

Es ist ja zweifellos zulässig und kommt sehr häufig vor, daß die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft für den Todesfall eines Gesellschafters vereinbaren, daß die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll.

Auch hier wird durch ein vom Willen der überlebenden Gesellschafter ganz unabhängiges Ereignis möglicherweise eine von vornherein gar nicht zu übersehende Zahl unbekannter Personen als Teilhaber in die offene Handelsgesellschaft eingeführt.

Auch abgesehen von dem Fall des Todes eines Gesellschafters wird es wenigstens in beschränktem Umfang für zulässig erklärt, daß kraft einer zum voraus erklärten Einwilligung der anderen Gesellschafter ein einzelner Teilhaber sich einen dritten substituiert. Der — als überflüssig gestrichene Art. 98 des alten Handelsgesetzbuchs — war ja nicht zwingendes Recht.[1]) Diese Fälle sind grundsätzlich sicher nicht leichter zu nehmen, als der Fall, daß durch eine veränderte Zusammensetzung der umschlossenen Handelsgesellschaft mittelbar auch die umschließende Gesellschaft berührt wird. Auch hier haben eben die Teilhaber der umschließenden Gesellschaft durch die Aufnahme der umschlossenen zum voraus sich damit einverstanden erklärt, daß letztere zur einseitigen Vornahme gewisser Veränderungen, die ja nicht einmal die umschließende Gesellschaft unmittelbar berühren, berechtigt sein solle. Im einzelnen Fall kann ja übrigens, wenn Unzuträglichkeiten davon befürchtet werden, daß die umschlossene Gesellschaft ihre Zusammensetzung beliebig wechseln könnte, der umschließenden Gesellschaft ein Einspruchsrecht in dieser Richtung eingeräumt werden, oder es kann beispielsweise das Ausscheiden eines bestimmten Gesellschafters aus der umschlossenen Gesellschaft als Auflösungsgrund für die umschließende Gesellschaft erklärt werden; grundsätzlich kann aber diese Frage eine entscheidende Rolle nicht spielen.

Noch weniger kommen in Betracht die Veränderungen, welche möglicherweise mit einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung vor sich gehen können. Weder der Wechsel in der gesetzlichen Vertretung noch eine Kapitalreduktion berührt ja die Gesellschaft als solche, und wenn durch solche Vorgänge ihre Leistungsfähigkeit für die umschließende offene Handelsgesellschaft beeinträchtigt wird, so ist dies doch nicht in höherem Maße der Fall, als wenn eine physische Person, die Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft ist, etwa in ihrer Arbeitsfähigkeit nachläßt oder Vermögensverluste erleidet. Sowenig durch derartige Ereignisse der Bestand der offenen Handelsgesellschaft formell beeinträchtigt wird, sowenig kann dies durch die ganz gleichartigen Erscheinungen bei der Aktiengesellschaft eintreten.

Nur kurz mag hier der in der zitierten Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg berührte Einwand erwähnt werden, die um-

[1]) Staub, Kommentar, S. 389, Anm. 29; Eltzbacher l. c. S. 46 zu Anm. 9.

schlossene Handelsgesellschaft hafte für die Verbindlichkeiten der umschließenden nur mit ihrem Vermögen, nicht mit demjenigen ihrer einzelnen Teilhaber, es könnte also der Kredit, den die umschlossene Gesellschaft mit Rücksicht auf die Solvenz ihrer Mitglieder genieße, zu Unrecht auf die umschließende Gesellschaft übertragen werden.

Die Unrichtigkeit dieser Erwägung ist schon von dem Einsender jener Entscheidung erkannt worden.

Wenn die umschlossene Gesellschaft kraft ihrer Solidarhaftung für eine Gesellschaftsschuld der umschließenden in Anspruch genommen wird, so bedeutet dies für sie wiederum eine Gesellschaftsschuld, für die jeder einzelne ihrer Teilhaber voll haftet; bei Kreditgewährung an die umschließende Gesellschaft darf also ganz mit Recht die Solvenz jener Teilhaber der umschlossenen in Rechnung gestellt werden, denn diese haften so unbeschränkt, daß nicht einmal eine Vorausklage gegen eine der Gesellschaften nötig ist.

II. Was sodann die Unverträglichkeit des Wesens der offenen Handelsgesellschaft mit demjenigen der Aktiengesellschaft betrifft, so wird in dieser Beziehung geltend gemacht, die offene Handelsgesellschaft sei wesentlich auch eine Arbeitsgesellschaft, bei der es auf die persönliche Tüchtigkeit der einzelnen Mitglieder ankomme, während die Aktiengesellschaft eine rein kapitalistische Vereinigung sei.[1])

Dieser Unterschied ist selbstverständlich nicht zu leugnen, aber auch er ist in keiner Weise geeignet, eine Verbindung beider Gesellschaftsarten als unmöglich erscheinen zu lassen.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß bei der offenen Handelsgesellschaft die Beteiligung jedes einzelnen Gesellschafters an der Geschäftsführung allerdings die Regel bilden soll und meist auch bilden wird, weil eben die solidarische Haftung nicht gerne übernommen werden wird, wenn nicht die Möglichkeit gegeben ist, durch eigenes tätiges Eingreifen die Interessen des gemeinschaftlichen Geschäftes zu fördern und sich über dessen Stand auf dem laufenden zu erhalten. Aber es ist dies eben nur die Regel, die, wie die Erfahrung zeigt, sehr häufig durchbrochen wird, ohne daß deswegen gesagt werden könnte, es sei in diesen Fällen das Wesen der offenen Handelsgesellschaft mißachtet. Sehr häufig sind einzelne Gesellschafter von vornherein von der Vertretung und Geschäftsführung

[1]) Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nimmt in dieser Beziehung eine Mittelstellung ein, so daß, wenn bezüglich der Aktiengesellschaft aus dieser Differenz keine Schwierigkeiten entstehen, dies für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung noch mehr gelten muß.

ausgeschlossen und besonders zahlreich sind die Fälle, in denen nach dem Tode eines tätigen Gesellschafters die an seine Stelle tretenden Erben Teilhaber bleiben, ohne sich irgendwie an der Geschäftsführung oder Vertretung zu beteiligen.

Es wird ja auch die Möglichkeit zugegeben, daß bevormundete Minderjährige, die gar nicht zur Vertretung und Geschäftsführung fähig sind und bei denen von irgend einer persönlichen Leistung für das Geschäft schlechterdings nicht die Rede sein kann, einer offenen Handelsgesellschaft angehören.[1])

Auf der andern Seite ist es gar nicht richtig, daß die Aktiengesellschaft, die sich an einer offenen Handelsgesellschaft beteiligt, in diese nur Kapital einbringe. Die Aktiengesellschaft ist allerdings eine reine Kapitalgesellschaft, wenn man nur das innere Verhältnis der Aktionäre ins Auge faßt: von diesen ist keiner der Gesellschaft etwas anderes schuldig, als das vereinbarte Kapital zu leisten, irgendwelche Dienstleistungen für die Gesellschaft kommen nicht in Frage. Soweit aber die Aktiengesellschaft als handlungsfähiges Rechtsgebilde nach außen tätig wird, ergibt sich sofort eine andere Betrachtung. Die Aktiengesellschaft ist ja, um im Rechtsverkehr auftreten zu können, mit Organen ausgestattet, die ihr im wesentlichen die Möglichkeit eröffnen, sich in gleicher Weise geschäftlich zu betätigen, wie eine einzelne physische Person.

Wenn also auch die Gesamtheit der Aktionäre nicht imstande und nicht berufen ist, einer offenen Handelsgesellschaft, der die Aktiengesellschaft beitritt, Dienste zu leisten, so kann doch die Aktiengesellschaft, vertreten durch ihren Vorstand, nicht minder zugunsten der offenen Handelsgesellschaft sich betätigen als jeder einzelne Gesellschafter. Die Aktiengesellschaft bringt also nicht bloß durch ihre Geschäftsverbindung, ihre Tradition und ihren Ruf der offenen Handelsgesellschaft etwas mit, „das man geradezu als ihre Arbeitskraft bezeichnen kann", wie Moll[2]) sich ausdrückt, sondern sie bringt dazu ganz unmittelbar die Arbeitskraft ihrer Vorstandsmitglieder oder der andern Beamten, die sie etwa zur Vertretung und Geschäftsführung in die offene Handelsgesellschaft delegiert und es wird niemand bezweifeln, daß diese Leiter der Aktiengesellschaft ebenso tüchtige Kaufleute oder Techniker sein können, wie ein beliebiger einzelner Gesellschafter.

---

[1]) Dagegen nur der Einsender der Entscheidung in Seufferts Archiv, Bd. 46, S. 326.

[2]) Holdheim, Bd. XIII, S. 154.

§ 9.

Einwendungen, die aus den Bestimmungen über die aufzunehmenden Firmen abgeleitet sind.

I. Unter den formellen Einwendungen, welche vom Standpunkt der aufzunehmenden Gesellschaften aus erhoben werden, ist in erster Linie wiederum zu besprechen die Ansicht Staubs und Goldmanns von der Unzulässigkeit einer doppelten Firma, welche uns schon im ersten Teil unserer Untersuchung beschäftigt hat.

Staub[1]) meint von der offenen Handelsgesellschaft, es sei eine logische Unmöglichkeit, daß ein Rechtsgebilde, dessen Wesen und Eigenart darin bestehe, daß zwei Personen unter einer bestimmten Firma Geschäfte machen, solche auch unter einer anderen Firma machen. In gleicher Weise behauptet er, daß bei der Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien und Gesellschaft mit beschränkter Haftung der Grund durchschlage, daß sie nicht unter fremdem Handelsnamen im Rechtsverkehr auftreten können. Diese Ansicht ist bereits oben wiederlegt und es ist hier nur die richtige Bemerkung Makowers[2]) nachzutragen, daß nämlich hier eine doppelte Firmenführung und ein Auftreten unter fremden Handelsnamen gar nicht in Frage steht, weil eben in Wirklichkeit nicht die eine umschlossene Gesellschaft sich zweier Firmen bedient, sondern nur je eine Firma für die umschließende und die umschlossene Firma gebraucht wird.

Die umschlossene Firma, soweit ihr die Vertretung der umschließenden zusteht, ist ja natürlich befugt, die Firma der umschließenden zu gebrauchen, sie führt sie aber in diesen Fällen nicht für sich, sondern lediglich als Vertreterin der umschlossenen Firma.

Ein ähnlicher Gedankengang wie bei Staub findet sich bezüglich der offenen Handelsgesellschaft bei Lehmann.[3])

Lehmann führt aus, der Zweck der offenen Handelsgesellschaft stehe im Widerspruch mit der Einschachtelung derselben in eine andere offene Handelsgesellschaft. Wenn sie selbst das Rechtsgewand für Gesellschafter darstelle, die ein Handelsgewerbe ohne Beschränkung der Haftung unter gemeinschaftlicher Firma betreiben, so könne sie nicht Mitglied einer Gesellschaft sein, deren Zweck wiederum darin bestehe, daß die Mitglieder ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma ohne Beschränkung der Haftung betreiben. Das Gesetz gehe davon aus, daß die Zugehörigkeit

[1]) Kommentar § 105, Anmerkung 19.

[2]) Kommentar, 12. Aufl., S. 181.

[3]) Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Anm. 4 zu § 105.

zu einer offenen Handelsgesellschaft im Zweifel die Mitglieder ganz mit Beschlag belege, daraus erkläre sich das Konkurrenzverbot des § 112 des Handelsgesetzbuchs.

Diesen Ausführungen liegt eine irrtümliche Auffassung insofern zugrunde, als es nicht richtig ist, daß das „Rechtsgewand", das die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft miteinander teilen, von ihnen gar nicht abgelegt werden könnte.

Wenn zwei Kaufleute sich zum Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma und unter solidarischer Haftung vereinigen, so können sie natürlich in dieser Vereinigung an sich jedes beliebige Handelsgeschäft betreiben, und es kann durch diesen Geschäftsbetrieb die kaufmännische Betätigung der Gesellschafter in vollem Umfang in Anspruch genommen sein. Notwendig ist dies aber in keiner Weise, und tatsächlich wird sich nicht leicht eine offene Handelsgesellschaft finden, deren Zweck ganz allgemein auf den Betrieb beliebiger Handelsgeschäfte gerichtet ist, immer wird ein bestimmt abgegrenzter Gewerbebetrieb ins Auge gefaßt sein.

Es lehrt denn auch die Erfahrung des täglichen Lebens, daß die Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft keineswegs immer durch ihre Zugehörigkeit zu der offenen Handelsgesellschaft vollständig in Anspruch genommen sind.

Daß das auch den Standpunkt des Gesetzes ist, ergibt sich gerade aus dem von Lehmann angeführten § 112 des Handelsgesetzbuchs. Denn das hier normierte Konkurrenzverbot bezieht sich ja nur auf solche Geschäfte, die dem Handelszweig der Gesellschaft angehören. Hiermit ist deutlich zum Ausdruck gebracht, daß die offene Handelsgesellschaft ihre Teilhaber eben nicht für alle möglichen denkbaren Handelsgeschäfte, sondern nur für ein nach Art und Umfang bestimmt abgegrenztes Handelsgewerbe binden will. Wollen sie darüber hinaus sich gewerblich betätigen, so steht ihnen dies in jeder Weise frei, sie können als Einzelpersonen tätig sein oder können sich an einer andern Gesellschaft beteiligen und ebenso muß es zulässig sein, daß sie gerade in ihrer seitherigen gesellschaftlichen Zusammenfassung sich wiederum an einer andern Gesellschaft beteiligen.

Wenn die Ansicht Lehmanns von dem vollständigen Aufgehen der einzelnen Gesellschafter in der einmal gegründeten Handelsgesellschaft richtig wäre, dann wäre es ja auch vollständig unstatthaft, daß dieselben Personen, die bereits eine offene Handelsgesellschaft bilden, sich zu einer neuen offenen Handelsgesellschaft unter besonderer Firma vereinigen.

Diese Möglichkeit, bei der wiederum deutlich zutage tritt, daß bei Abschluß eines Gesellschaftsvertrags immer nur begrenzte Zwecke ver-

folgt werden, wird ja aber, wie früher erwähnt, in der Literatur und Rechtsprechung allgemein zugegeben.

II. Ein weiterer wesentlicher Einwand geht dahin, daß die umschlossene Gesellschaft auch durch die umschließende vertreten werde könne, und daß dies der Organisation der offenen Handelsgesellschaft, besonders aber auch derjenigen der Aktiengesellschaft widerspreche.

Dieser Einwand ist in der Tat wenigstens bezüglich der Aktiengesellschaft nicht leicht zu nehmen. Es läßt sich zwar, wie z. B. Lehmann a. a. O., Anm. 3, bemerkt, sagen, daß formell eben nicht die aufgenommene Gesellschaft, sondern nur die umschließende offene Handelsgesellschaft durch ihre Organe vertreten wird. Aber diese Betrachtungsweise ist schließlich doch nur eine äußerliche, tatsächlich wird durch solche Handlungen der umschließenden Gesellschaft vermöge der solidarischen Haftung auch die umschlossene ohne weiteres berechtigt und verpflichtet.

Zur Widerlegung des Einwands genügt auch nicht die Ausführung Eltzbachers, daß es sich eben in diesem Fall um eine Art von Vollmachtserteilung handle. Allerdings liegt in der Eingehung eines Gesellschaftsvertrags die Übertragung einer Vollmacht an den Gesellschafter, der zur Vertretung ermächtigt ist, aber diese Vollmachtserteilung hat das besondere, daß sie nicht beliebig widerrufen werden kann.[1])

Bei der offenen Handelsgesellschaft allerdings und auch bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung besteht ein grundsätzlicher Gegensatz zwischen der Art, wie die gesetzlichen Vertreter dieser Gesellschaften abgesetzt werden können und der Art und Weise, wie dem zur Vertretung berufenen offenen Gesellschafter der umschließenden Gesellschaft die Vertretungsbefugnis entzogen werden kann, nicht. Für die umschließende Gesellschaft gilt die Bestimmung des § 127 des Handelgesetzbuchs, wonach die Vertretungsmacht bei Vorliegen eines wichtigen Grundes entzogen werden kann. Die umschlossene offene Handelsgesellschaft kann also gegen den zur umschließenden Gesellschaft gehörenden vertretungsberechtigten offenen Gesellschafter ebenso vorgehen, wie gegen einen ihrer eigenen Gesellschafter und eine unzulässige Bindung der umschlossenen Gesellschaft liegt daher nicht vor.

[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch (§ 168) kennt auch unwiderrufliche Vollmachten. Der Grund der Unwiderruflichkeit liegt aber nicht in der abstrakten Vollmachtserteilung, sondern in dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, z. B. eben in der Eingehung einer Gesellschaft. Der Hinweis auf die Möglichkeit unwiderruflicher Vollmachten löst also die Frage nicht, man wird vielmehr immer wieder auf die Frage zurückgeführt, ob der Vorstand der Aktiengesellschaft u. s. f. nicht etwa am Abschluß dieses der Vollmachtserteilung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts verhindert ist.

Ähnlich liegt die Sache bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Bei dieser ist zwar in der Regel der Geschäftsführer frei absetzbar, es kann aber auch bestimmt werden, daß seine Entlassung nur aus wichtigen Gründen verfügt werden darf. Auch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist also durch die umschließende offene Handelsgesellschaft nicht strenger gebunden, als gegenüber ihrem eigenen gesetzlichen Vertreter, so daß auch hier ein grundsätzlicher Widerspruch nicht besteht.

Bei diesen beiden Gesellschaften und ebenso bei der Kommanditgesellschaft kann also dem Einwand keinesfalls eine entscheidende Bedeutung beigemessen werden.

Anders liegt jedoch die Sache bei der Aktiengesellschaft, da hier die Vorschrift daß der Vorstand beliebig abgesetzt werden könne, (§ 231 Abs. 3 des Handelsgesetzbuchs), zwingender Natur ist. Hier kann also gesagt werden, die Aktiengesellschaft erhalte durch ihre Teilnahme an einer offenen Handelsgesellschaft mittelbar einen gesetzlichen Vertreter, dessen beliebige Absetzung nicht so, wie dies § 231 Abs. 3 des Handelsgesetzbuchs vorsieht, in der Macht der Aktionäre liegt.

Es ist nun allerdings wohl zu beachten, daß in der Praxis von dieser freien Widerruflichkeit nicht gerade willkürlich Gebrauch gemacht werden wird. Die Vorstände von Aktiengesellschaften pflegen bekanntermaßen Dienstverträge zu haben, durch die ihnen eine längere Dauer des Anstellungsverhältnisses gesichert ist. Bei rein willkürlicher Entlassung hat also die Aktiengesellschaft selbstverständlich den Gehalt zu bezahlen, ohne dafür eine Gegenleistung zu empfangen. Es wird sich daher eine Gesellschaft zur Entlassung des Vorstandes in der Regel nur entschließen, wenn wichtige Gründe hierzu vorliegen, die sie auch zur Verweigerung der Gehaltszahlung berechtigen, mit andern Worten, wenn ein Tatbestand gegeben ist, der auch dazu berechtigen würde, einem offenen Gesellschafter die Vertretungsmacht zu entziehen.

In Wirklichkeit wird also der Unterschied nicht so bedeutend sein, immerhin ist es ein Unterschrift nicht bloß in der Theorie, sondern auch für die Praxis, denn zwischen der Entlassung aus wichtigen Gründen und der rein willkürlichen Entlassung können natürlich auch solche Fälle liegen, in denen sich ein Vorstand zwar keiner besonderen Verfehlungen schuldig gemacht hat, wo seine Tätigkeit aber doch eine so unersprießliche ist, daß die Aktiengesellschaft lieber das Opfer einer doppelten Gehaltszahlung bringt, als ihn in seiner Stelle beläßt.

In einem solchen Fall ist also die Aktiengesellschaft in der Ordnung ihrer gesetzlichen Vertretung freier gestellt, als die offene Handelsgesellschaft.

Das hieraus sich ergebende Bedenken ist auch dadurch nicht zu beseitigen, daß etwa in dem Gesellschaftsvertrag die gesetzliche Vertretung lediglich der Aktiengesellschaft, nicht aber dem anderen Gesellschafter eingeräumt würde.[1]) Es erscheint dieser Ausweg allerdings nicht schon um deswillen als ungangbar,[2]) weil eine solche Bestimmung des Gesellschaftsvertrags nachträglich geändert werden könnte. Wenn ein solcher Gesellschaftsvertrag nur mit einer derartigen Klausel zugunsten der teilnehmenden Aktiengesellschaft geschlossen werden dürfte, so wäre eben auch eine versuchte Abänderung dieser Bestimmung unzulässig und der Registerrichter müßte die Anmeldung, daß dem andern Gesellschafter die Vertretung übertragen worden sei, zurückweisen.

In Wirklichkeit könnte aber in einer solchen Beschränkung nur ein ganz ungenügender Notbehelf erblickt werden, denn wenn die Eingehung einer offenen Handelsgesellschaft nur mit dieser Beschränkung möglich wäre, könnte eine solche Verbindung nur sehr selten praktisch werden.

In der Regel wird eine Aktiengesellschaft doch nur dann das Bedürfnis haben, sich mit einer Einzelperson zu einer offenen Handelsgesellschaft zu vereinigen, wenn die Person dieses Dritten zur Geschäftsführung und Vertretung in besonderer Weise befähigt ist. Wenn es sich nur darum handelt, Kapital von dem Dritten zu erlangen, so stehen ja genug andere Gesellschaftsformen zur Verfügung. Wirklich fruchtbar wird die Befugnis, einer offenen Handelsgesellschaft beizutreten, für eine Aktiengesellschaft nur dann werden, wenn die Möglichkeit besteht, dem andern Teilhaber die Vertretung zu übertragen oder wenigstens mitzuübertragen.[3])

Der Einwand kann aber, obwohl er durch die seitherigen Ausführungen noch nicht entkräftet scheint, doch nicht als durchschlagend erachtet werden. Er hat zur Voraussetzung, daß die Organisation der aufgenommenen Aktiengesellschaft es ganz unbedingt und zwingend verlange, daß sie unter allen Umständen nur durch ihre gesetzlich geordneten Organe vertreten werde. Diese Voraussetzung kann aber nicht als richtig anerkannt werden.

Es liegt freilich der Bestimmung des § 231 unverkennbar die Absicht zugrunde, die Gesamtheit der Aktionäre frei über die Vertretung der

[1]) So z. B. Lehmann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch I, S. 220.

[2]) So Moll bei Holdheim, Bd. 13, 153.

[3]) Hartmann l. c. S. 84, meint sogar, der regelmäßige und wünschenswerte Zustand müsse sein, daß die Aktiengesellschaft von der Vertretung ausgeschlossen sei, dies erscheint aber vom Standpunkt der Aktiengesellschaft aus als bedenklich. Diese muß jedenfalls zu ihrer eigenen Sicherheit den nötigen Einfluß auf die Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft sich vorbehalten.

Gesellschaft bestimmen zu lassen. Aber dieser Gedanke ist eben nur insoweit durchgeführt, als es sich um die unmittelbaren Gesellschaftsorgane handelt. Dagegen hat das Gesetz keine Bestimmung getroffen, die es verhindern würde, daß der Gesellschaft indirekt ein dem Einfluß der Aktionäre einigermaßen entzogene Vertretungsorgan geschaffen wird.

Derartige Vorgänge finden sich auch auf anderen Rechtsgebieten.

So ist es zweifellos Tendenz des Vormundschaftsrechtes, den Mündel nur durch seinen Vormund verteten zu lassen. Trotzdem wird es unbedenklich zugelassen, daß ein Mündel einer offenen Handelsgesellschaft angehört mit der Wirkung, daß er unter Umständen ohne jede Mitwirkung des Vormunds oder gar des Vormundschaftsgerichts in weitestgehender Weise verpflichtet wird.

Eine vollständig schlagende Analogie zur Aktiengesellschaft bietet sodann die Bestimmung in § 9 Abs. 2 des Genossenschaftsgesetzes, woselbst vorgesehen ist, daß eine Genossenschaft anderen eingetragenen Genossenschaften als Mitglied angehören kann. Dieses Beispiel deckt vollkommen den hier vorliegenden Fall: auch die eingetragene Genossenschaft ist ebenso wie die Aktiengesellschaft ein selbständiges Rechtsgebilde, dessen Vertretungsorgan, der Vorstand, nach § 24 Abs. 3 des Gesetzes zu jeder Zeit willkürlich abgesetzt werden kann. Wenn also das Gesetz in diesem Fall, wo gerade so wie bei der Aktiengesellschaft die Gesamtheit der Mitglieder grundsätzlich freie Herrin über ihre gesetzliche Vertretung sein soll, es zuläßt, daß die Genossenschaft durch Eintritt in eine andere Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung sich der Möglichkeit aussetzt, ohne Mitwirkung ihrer gesetzlichen Vertretung unbeschränkt verpflichtet zu werden, so muß dasselbe auch für die Aktiengesellschaft anerkannt werden.

Lehmann[1]) gibt denn auch zu, daß durch den Art. 9 Abs. 2 des Genossenschaftsgesetzes implicite die Möglichkeit anerkannt ist, daß eine Aktiengesellschaft Mitglied einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht wird. Wenn er trotzdem die Möglichkeit des Eintritts der Aktiengesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft leugnet, so stützt er sich hierbei auf gewisse Verschiedenheiten, welche den hier wesentlichen Punkt nicht berühren, insbesondere führt er an, die Genossenschaften seien normalerweise auf eine größere Mitgliederzahl zugeschnitten und die Beteiligung an ihnen solle die Persönlichkeit des sich Beteiligenden nicht ganz in Anspruch nehmen. Der einzelne Genosse habe auch mit der Geschäftsführung nichts zu tun, während bei der offenen Handelsgesellschaft

[1]) Recht der Aktiengesellschaften, Anm. 7 auf S. 255.

normalerweise an eine Arbeits- und Kapitalgesellschaft gedacht sei, bei der die persönliche Tüchtigkeit und der Fleiß jedes Teilhabers eine Rolle spielen solle.

Alle diese Unterschiede sind zutreffend, es ist aber bereits früher dargelegt worden, daß die hier berührten Eigenheiten der offenen Handelsgesellschaft die Beteiligung der Aktiengesellschaft nicht ausschließen.

Jedenfalls aber, und das ist für den hier behandelten Einwand allein wesentlich, zeigt das Beispiel der Genossenschaften, daß die Vorschriften des Gesetzes über die freie Absetzbarkeit des Vorstands die Möglichkeit nicht ausschließen, der Aktiengesellschaft mittelbar, durch Beitritt zu einer Genossenschaft oder einer offenen Handelsgesellschaft, ein weiteres Vertretungsorgan zu geben.

Mit Recht wird in diesem Zusammenhang von Moll[1]) auch noch darauf hingewiesen, daß ja auch bei einer Beteiligung an einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Aktiengesellschaft in die Lage kommen kann, durch eine dritte Person vertreten zu werden, die sie nicht beliebig absetzen kann. Auch hier kann ja der andere Gesellschafter zur Vertretung ermächtigt sein und seine Handlungen werden dann für die Regel die Aktiengesellschaft als Teilhaberin solidarisch verpflichten (§§ 427, 431 B.G.B.).

Es wird aber niemanden einfallen, deswegen den Aktiengesellschaften die Beteiligung an einer gewöhnlichen Gesellschaft versagen zu wollen, es ließe sich ja ein solches Verbot praktisch auch gar nicht durchführen. Läßt man aber grundsätzlich die Beteiligung an einer gewöhnlichen Gesellschaft zu, so ergibt sich weiter gemäß § 2 des Handelsgesetzbuchs die eigentümliche Konsequenz, daß eine derartige Gesellschaft, wenn sie einen nach kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb unterhält, zur Eintragung einer gemeinschaftlichen Firma angehalten werden kann und alsdann kraft Gesetzes als offene Handelsgesellschaft gilt.

Die Anhänger der hier bekämpften Ansicht müßten also notgedrungen überhaupt jede gesellschaftliche Beteiligung der Aktiengesellschaft als unzulässig erklären, eine Konsequenz, die aber wie gesagt aus theoretischen wie praktischen Gründen niemand wird ziehen wollen.

§ 10.

Weitere Einwendungen aus dem Wesen der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Es ist nun überzugehen zu einer Gruppe weiterer Einwendungen, welche speziell die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung berühren.

[1]) Holdheims Zeitschrift, Bd. 13, S. 154.

I. Dabei mag zuerst nur der Vollständigkeit halber das jetzt wohl von niemanden mehr ernstlich geteilte Bedenken erwähnt werden, die Aktiengesellschaft könne deswegen nicht Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft sein, weil sie der persönlichen unbeschränkten Haftung nicht fähig sei.

Es liegt hier eine offensichtliche Verwechslung zwischen der Haftung der einzelnen Aktionäre und der Haftung der Aktiengesellschaft als solcher zugrunde. Die einzelnen Aktionäre allerdings haften ja nur mit einem bestimmten Geldbetrag, die Aktiengesellschaft als selbständiges Rechtssubjekt aber ist selbstverständlich fähig, für eine Verpflichtung in demselben Umfang wie jede physische Person persönlich zu haften, nämlich mit ihrem ganzen Vermögen. Einen weitergehenden Sinn hat ja die persönliche Haftung heutzutage nicht mehr, nachdem die Schuldhaft und ähnliche Einwirkungen auf die physische Person zur Erzwingung vermögensrechtlicher Leistungen aufgehoben sind. Es kommt heute lediglich darauf an, wieweit das finanzielle Vermögen eines Rechtssubjektes reicht, und da wird es gewiß niemanden einfallen, zu behaupten, daß die unbeschränkte Haftung einer Aktiengesellschaft wie Friedrich Krupp oder Deutsche Bank weniger wert sei, als die persönliche Haftung irgend eines Numerius Negidius.

II. Von Holdheim[1]) wird sodann geltend gemacht, daß verschiedene wichtige Vorschriften, die das Gesetz zur Verwirklichung einer möglichst soliden Geschäftsgebahrung gibt, durch die Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft umgangen würden.

1. Als solche Vorschrift führt er zunächst an das Verbot des Erwerbs und der Inpfandnahme eigener Aktien. Es ist ganz richtig, daß dieses Verbot umgangen werden kann, wenn die offene Handelsgesellschaft, an der die Aktiengesellschaft beteiligt ist, deren Aktien erwirbt oder belehnt.

Aber eine solche Umgehung kann auch auf die verschiedensten anderen Arten erreicht werden. Sie kann schon eintreten, wenn eine Aktiengesellschaft einem Dritten ein Darlehen gewährt, zu dem ausgesprochenen Zweck, hiermit ihre Aktien zu erwerben, ebenso, wenn sie sich an einer Kommanditgesellschaft oder an einer anderen Aktiengesellschaft beteiligt, die ihrerseits die Aktien erwerben soll.

Gerade die berühmten Bankbrüche der neueren Zeit, insbesondere die Katastrophen bei den Berliner Hypothekenbanken, haben gezeigt, daß schon die Ineinanderschachtelung von Aktiengesellschaften, das Erwerben aller oder zahlreicher Aktien von sogenannten Tochtergesellschaften und der Ab-

[1]) Vergl. seine Zeitschrift, Bd. I, S. 195 ff.

schluß ähnlicher Rechtsgeschäfte mit denselben die finanzielle Grundlage einer Aktiengesellschaft aufs schwerste erschüttern kann.

Trotzdem kann es niemanden einfallen, derartige Beteiligungen wegen der Möglichkeit solcher Mißbräuche allgemein zu verbieten. Irgend ein grundsätzlicher Unterschied, der eine Teilnahme an der offenen Handelsgesellschaft anders zu beurteilen als gerechtfertigt erscheinen lassen könnte, liegt aber nicht vor. In allen derartigen Fällen wird der Vorstand haftbar zu machen sein, wenn der Erwerb durch die vorgeschobene Persönlichkeit ganz offensichtlich auf Umgehung des gesetzlichen Verbotes berechnet ist, der Abschluß der Beteiligungsgeschäfte selbst aber, welche den rechtswidrigen mittelbaren Erwerb nur ermöglichen und vorbereiten, kann nicht für unzulässig erklärt werden.

2. Als ebenso unbegründet muß das Bedenken Holdheims erachtet werden, das darauf gegründet ist, es können durch eine solche Beteiligung die Vorschriften über die Nachgründung umgangen werden.

Auch diese Möglichkeit ist ohne weiteres zuzugeben, aber das Gesetz hat eben in dieser Richtung keine Vorsorge getroffen. Die Kautelen, welche für die Gründung von Aktiengesellschaften einschließlich der sogenannten Nachgründung gegeben sind, gelten eben nur innerhalb ihres beschränkten Gebietes und es kann daraus nicht ein Wille des Gesetzgebers abgeleitet werden, die Gesellschaften darüber hinaus in ihrer Geschäftsgebahrung einer fortdauernden Kontrolle zu unterwerfen.

Diese Kontrolle der geschäftlichen Betätigung der Gesellschaft, nachdem sie einmal ins Leben getreten ist, muß eben durch die Aktionäre selbst erfolgen, und dem außenstehenden Publikum sind durch die Vorschriften über Veröffentlichung der Bilanz und das Handelsregister die erforderlichen Informationsmittel an die Hand gegeben.

3. Wichtiger ist sodann der weitere Einwand, daß durch die Beteiligung an der Aktiengesellschaft die Vorschriften über die Bilanzaufstellung der Aktiengesellschaft illusorisch gemacht werden.

a) Hier kommt zunächst in Betracht, daß die Vorschriften für die Bilanzaufstellung bei der offenen Handelsgesellschaft andere sind, als für die Aktiengesellschaft, sofern § 261 des Handelsgesetzbuchs verlangt, daß unter Umständen in der Bilanz der Aktiengesellschaft gewisse Vermögensgegenstände unter ihrem wahren Wert eingesetzt werden.

Man könnte nun zunächst daran denken, hier eine Einheitlichkeit dadurch herbeizuführen, daß die Handelsgesellschaft durch den Gesellschaftsvertrag verpflichtet wird, bei Aufstellung ihrer eigenen Bilanz auch die für Aktiengesellschaften geltenden Grundsätze anzuwenden.

Dies wäre aber ein Notbehelf, der irgendwelche Sicherheit nicht bieten würde, denn es könnte selbstverständlich kein Registerrichter darüber wachen, ob nicht diese Bestimmung des ursprünglichen Gesellschaftsvertrags später abgeändert würde, ebensowenig könnte man kontrollieren, ob diese auf dem Papier stehende Vereinbarung auch wirklich beobachtet würde, da ja für die offenen Handelsgesellschaften ein Zwang zur Einreichung ihrer Bilanz oder gar zu deren Veröffentlichung nicht besteht.

Es kann aber diesen Verschiedenheiten der Bilanzaufstellung eine entscheidende Bedeutung nicht beigelegt werden; denn auch bei anderen Beteiligungen tritt der gleiche Fall ein, daß nämlich das Gesellschaftsguthaben der Aktiengesellschaft eben nach den Grundsätzen berechnet wird, wie sie für die Vermögensaufstellung der anderen Gesellschaft maßgebend sind.

Wenn ein derartiger Beteiligungsposten in der Bilanz der Aktiengesellschaft erscheint, so hängt dessen Bewertung schließlich am wenigsten von den formellen Grundsätzen ab, nach denen die Bilanz der anderen Gesellschaft aufgestellt ist; viel wichtiger sind die gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse jener anderen Gesellschaft und hiernach müssen sich in erster Linie die Aktionäre der beteiligten Aktiengesellschaft erkundigen.

b) Abgesehen von diesem mehr formellen Bedenken kommt aber für die Bilanzaufstellung noch der weitere Umstand in Betracht, daß infolge der Beteiligung an der offenen Handelsgesellschaft die Aktiengesellschaft unmittelbar Schuldnerin für die gesamten Verpflichtungen der offenen Handelsgesellschaft wird.

Wenn nun verlangt werden könnte, daß alle diese Schulden unmittelbar in die Bilanz der Aktiengesellschaft aufgenommen werden müßten, so würde sich tatsächlich eine ordnungsmäßige Bilanz gar nicht aufstellen lassen, denn es wäre geradezu unmöglich, diesen Passiven den entsprechenden Gegenwert gegenüberzustellen. Es kann vielmehr für die Praxis nur die Behandlung in Frage kommen, daß die Beteiligungssumme der Aktiengesellschaft (deren Kapitalkonto bei der offenen Handelsgesellschaft) in ihrer Bilanz erscheint.

Diese Behandlungsweise muß aber auch als durchaus genügend bezeichnet werden.

Wenn dabei die Vorschrift, daß die Bilanz ein vollständiges Verzeichnis der Schulden darstellen müsse, scheinbar nicht beachtet ist, so verträgt sich dies durchaus mit den gesetzlichen Vorschriften.

Es ist hierbei besonderer Wert darauf zu legen, daß nach § 38 des Handelsgesetzbuchs für die ganze Buchführung, insbesondere auch für die Aufstellung der Bilanz kaufmännische Grundsätze maßgebend sind.

Nur in der Weise sollen die Handelsgeschäfte und die Lage des Vermögens eines Kaufmanns ersichtlich gemacht werden, wie dies die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung mit sich bringen. Diese Grundsätze führen nun in sehr vielen Fällen dazu, gewisse Verpflichtungen nicht in der Bilanz erscheinen zu lassen.

Es kann hier Bezug genommen werden auf die Ausführungen bei Simon in seinem Werk: Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien, insbesondere auf die Darlegungen in § 48 der III. Aufl.

Ein besonders wichtiges Beispiel dafür, daß sehr häufig Schulden in der Bilanz eines Kaufmanns nicht erscheinen, bietet die Behandlung der Wechselschulden. Kein Kaufmann führt die Regreßverpflichtung aus weiter begebenen Wechseln in seinen Büchern und in seiner Bilanz auf, obwohl hier eine unmittelbare Haftung besteht. Daß dies für die Regel nicht zu beanstanden ist, also den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung entspricht, beweist nicht nur die allgemeine Übung, es kann hierfür auch die besondere Bestimmung im letzten Absatz des § 8 des Bankgesetzes vom 14. März 1875 angeführt werden, wonach speziell die Notenbanken bei ihren wöchentlichen Veröffentlichungen „die aus weiterbegebenen im Inlande zahlbaren Wechseln entsprungenen eventuellen Verbindlichkeiten ersichtlich zu machen" haben. Diese Vorschrift charakterisiert sich als eine Ausnahmebestimmung, als eine Abweichung von den allgemeinen Regeln über die Bilanzaufstellung, aber auch hier brauchen jene Verbindlichkeiten nicht einfach unter die Passiva der Bilanz aufgenommen zu werden; das Ersichtlichmachen bedeutet nur eine Anführung „innerhalb Falzes". Und auch in den Fällen, wo wegen Unsicherheit des Vormanns nicht mit Sicherheit darauf gerechnet werden kann, daß die dem Nachmann bezahlte Summe im Regreßweg wieder erlangt werden kann, muß zwar der mutmaßliche Verlust in der Bilanz zum Ausdruck kommen, es wird aber mit Recht von Simon (l. c. S. 183) für genügend erachtet, nur auf der Passivseite den durch Schätzung ermittelten Verlust auszuwerfen und für unnötig erklärt, zunächst die volle Verbindlichkeit als Passivum und dagegen die mutmaßlich beizutreibende Regreßsumme als Aktivum zu buchen[1]).

Die gleiche Behandlungsweise findet sich bei Garantieverpflichtungen, insbesondere bei Bürgschaften. Auch hier liegt ja der Fall so, daß um-

[1]) Anders Rehm: Die Bilanzen der Aktiengesellschaften (München 1903), der zwar bei Gleichwertigkeit der Giroverbindlichkeit und der Regreßforderung die Weglassung beider Posten billigt, bei notleidenden Wechseln aber Einstellung in Soll und Haben verlangt (vgl. S. 231 und 743).

fangreiche Verpflichtungen, und zwar ganz unmittelbare, nicht etwa an das Erfordernis einer Vorausklage geknüpfte, bestehen können, ohne daß irgend etwas aus der Bilanz ersichtlich ist.

Es ist selbstverständlich, daß dem Vorstand einer Aktiengesellschaft die Verpflichtung obliegt, derartige Verbindlichkeiten, soweit es zur Beurteilung der Geschäftslage erforderlich ist, den Aktionären in angemessener Weise, z. B. im Geschäftsberichte bekannt zu geben; die formelle Aufstellung der Bilanz aber wird hierdurch nicht beeinflußt.

Auch bei dieser Frage ist sodann ein Hinweis auf die Verhältnisse am Platze, wie sie bei Eingehung einer gewöhnlichen Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes entstehen.

Bei dieser tritt geradeso wie bei der offenen Handelsgesellschaft wenigstens für die meisten Verpflichtungen eine solidarische Haftung der beteiligten Aktiengesellschaft ein und trotzdem wird niemand von der Aktiengesellschaft verlangen, diese Verpflichtungen in ihrer Bilanz einzeln aufzuführen, sie wird sich vielmehr mit Recht mit der Angabe der Gesamtsumme ihrer Beteiligung begnügen dürfen. Auch die Berechnung dieser Beteiligung erfolgt nach den Grundsätzen, wie sie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes üblich sind und es muß speziell mit Moll[1]) darauf aufmerksam gemacht werden, daß hier die Unterlagen, welche die beteiligte Aktiengesellschaft verlangen kann, viel dürftigere sind als bei der offenen Handelsgesellschaft. Für die bürgerliche Gesellschaft sind ja bestimmte Vorschriften über die Art der Bilanzierung überhaupt nicht gegeben, es besteht also hier in Wirklichkeit weniger Klarheit und Übersichtlichkeit, wie bei der Beteiligung an der offenen Handelsgesellschaft.

Daß die formellen Bilanzvorschriften kein Hindernis bilden können, ergibt sich weiter aus der Erwägung, daß auch ein Einzelkaufmann, der sich daneben an einer offenen Handelsgesellschaft beteiligt, nicht imstande wäre, seine eigene Bilanz aufzustellen, wenn er in dieselbe alle Schulden der offenen Handelsgesellschaft, für die er persönlich mithaftet, aufnehmen wollte. Hier wird niemand mehr verlangen, als daß in der Privatbilanz des Einzelkaufmanns die Summe seines Kapitalkontos bezw. seines Verlustanteils bei der offenen Handelsgesellschaft eingestellt wird.

Die Vorschrift des § 39 des Handelsgesetzbuchs, alle Schulden genau zu verzeichnen, gilt aber für den Einzelkaufmann ebenso wie für die Aktiengesellschaft und wenn es bei jenem zulässig ist, die Schulden und Forderungen, die sich aus einer solchen gesellschaftlichen Beteiligung für ihn ergeben, gegeneinander zu verrechnen und nur das Ergebnis dieser

[1]) Bei Holdheim l. c. S. 155.

Verrechnung in seiner Bilanz aufzuführen, so muß dies auch für die Aktiengesellschaft zulässig sein.

Es können also auch diese wirtschaftlichen Bedenken nicht als durchschlagend erachtet werden, und es muß sonach sowohl für die Aktiengesellschaft wie für die in diesen Beziehungen gleich zu beurteilende Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Möglichkeit der Teilnahme an einer offenen Handelsgesellschaft unbedingt bejaht werden.

III. Es ist sodann noch einzugehen auf die Anschauung, das durch die Vereinigung mehrerer Handelsgesellschaften geschaffene Gebilde sei so schwerfällig, daß es gar nicht lebens- und aktionsfähig sei.

In dieser Beziehung kann verwiesen werden auf die Ausführungen bei Eltzbacher, welcher eingehend untersucht, wie sich die Vertretung und Geschäftsführung der umschließenden Gesellschaft, das Rechtsverhältnis der Gesellschafter unter sich und zu dritten Personen, die Auflösung der Gesellschaft und ihre Liquidation gestaltet.

Es ist durch diese Ausführungen bewiesen, daß nach allen diesen Richtungen zwar manchmal Umständlichkeiten, niemals aber grundsätzliche Schwierigkeiten sich ergeben können. Es soll hier auf die Einzeldarstellung nur eingegangen werden, soweit den Ausführungen Eltzbachers nicht beigepflichtet werden kann. Dies gilt von seiner Behauptung,[1]) daß Veränderungen innerhalb der umschlossenen Gesellschaft zum Handelsregister der umschließenden nicht angemeldet zu werden brauchen, weil dieses ihnen durch die stillschweigende Verweisung auf das Handelsregister der umschlossenen Firma gerecht werde.

Diese Ansicht ist, wie schon oben gezeigt worden ist, insofern unrichtig, als jedenfalls diejenigen Veränderungen innerhalb der umschlossenen Gesellschaft, welche gleichzeitig auch die gesetzliche Vertretung der umschließenden berühren, bei deren Handelsregister angemeldet werden müssen.

Nicht zu billigen ist sodann die Ausführung Eltzbachers auf S. 54 Ziff. 1, daß die Auflösung der umschlossenen Gesellschaft an sich kein Auflösungsgrund für die umschließende Gesellschaft sei, sondern nur im Zweifel als Eintritt einer auflösenden Bedingung angesehen werden müsse, unter der die umschließende Gesellschaft eingegangen sei. Diese Ansicht führt zu unbefriedigenden praktischen Ergebnissen und erscheint auch theoretisch nicht begründet.

Die umschlossene Gesellschaft soll ja, wenn sie aufgelöst ist, nur noch Abwicklungsgeschäfte vornehmen; würde aber ihre Teilhaberschaft bei der umschließenden Gesellschaft in Kraft bleiben, so würde sie fort-

[1]) l. c. S. 50 Ziff. 4.

gesetzt in neue Geschäfte hineingezogen und die Liquidation der umschlossenen Gesellschaft würde in ganz unabsehbarer Weise verzögert.

Welch praktische Schwierigkeiten sich hierbei ergeben könnten, kann man sich leicht an einem Beispiele klar machen.

Nehmen wir an, ein Kaufmann A. sei mit dem größten Teil seines Vermögens an einer offenen Handelsgesellschaft X beteiligt und diese habe wiederum einen namhaften Teil ihres Gesellschaftsvermögens in eine andere offene Handelsgesellschaft Y eingelegt. Wenn nun A in Vermögensverfall gerät, so sind seine Gläubiger genötigt, die Gesellschaft X zu kündigen, um das bei deren Liquidation flüssig werdende Guthaben des A zu erlangen. Von diesem Guthaben würden sie aber nur einen geringen Teil zu sehen bekommen, wenn das Gesellschaftsvermögen der Firma X noch auf lange Zeit in der Firma Y festgelegt bleiben müßte. Nur wenn die Auflösung der ersten Gesellschaft auch die Auflösung der zweiten nach sich zieht, ist eine vernünftige Abwicklung möglich. Es zeigt sich hieran, daß die Auflösung der Gesellschaft dem Tode der physischen Person, welche ja ohne weiteres einen Auflösungsgrund bildet, vollständig gleichsteht, so daß bei der gebotenen sinngemäßen Anwendung des Gesetzes die Auflösung der umschlossenen Gesellschaft nicht bloß im Zweifelsfall, sondern notwendig die Auflösung der umschließenden nach sich ziehen muß.

Gegen die unliebsamen Folgen eines derartigen Ereignisses kann sich ja die umschließende Gesellschaft leicht dadurch sichern, daß sie für diesen Fall zum voraus die Möglichkeit eines Ausscheidens der aufgelösten umschlossenen Gesellschaft vorsieht, unter Fortsetzung der Gesellschaft durch die verbleibenden Teilhaber oder, wenn nur ein weiterer Teilhaber vorhanden ist, unter Übernahme des Geschäftes durch diesen.

§ 11.

Der Abschluß des Gesellschaftsvertrags.

Eine besondere Betrachtung mag schließlich noch der Frage gewidmet werden, in welcher Weise eine Handelsgesellschaft den Vertrag über die Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft abschließen kann.

In dieser Beziehung begegnen häufig Verwechslungen der Vertretungsbefugnis und der Geschäftsführungsbefugnis [1]), ebenso werden bei der Aktiengesellschaft die Befugnisse des Vorstandes und der Generalversammlung nicht streng geschieden.

---

[1]) Diese Verwechslung findet sich z. B. bei Hartmann l. c. S. 95.

Für die offene Handelsgesellschaft gilt gemäß § 126 des Handelsgesetzbuchs, daß jeder vertretungsberechtigte Gesellschafter ohne weiteres zum Abschluß des Beteiligungsvertrags berechtigt ist. Die Vertretungsmacht des Gesellschafters ist ja nach § 126 eine völlig unbeschränkte für alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte. Irgend eine Beschränkung auf den Betrieb des konkreten, von der Handelsgesellschaft betriebenen Gewerbes ist nicht aufgestellt, im Gegensatz zur Geschäftsführung, bei der nach § 116 des Handelsgesetzbuchs der Gesellschafter auf diejenigen Handlungen beschränkt ist, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt.

Die letztere Vorschrift bedeutet, daß der einzelne Gesellschafter, um seiner Verantwortlichkeit gegen die Mitgesellschafter zu genügen, einen einhelligen Gesellschaftsbeschluß herbeizuführen hat; die formelle Gültigkeit des Vertragsabschlusses wird aber durch das Fehlen eines solchen Gesellschaftsbeschlusses nicht beeinträchtigt, nur wird selbstverständlich durch den gleichzeitig erfolgenden Widerspruch eines anderen Gesellschafters dem einzelnen Sozius die Möglichkeit des einseitigen Abschlusses entzogen.

Ähnlich liegt die Sache bei der Aktiengesellschaft.

Wenn hier gesagt wird, die Beteiligung der Aktiengesellschaft an einer offenen Handelsgesellschaft sei davon abhängig, daß ihre Statuten dies zulassen, vgl. Moll Holdheims Zeitschrift 13, 155 und die dort zitierten Makower und Eltzbacher, so gilt auch dies nur für das innere Verhältnis.

Nach außen ist aber die Giltigkeit eines von dem Vorstand geschlossenen Gesellschaftsvertrags nicht dadurch bedingt, daß eine derartige Beteiligung sich im Rahmen des Gesellschaftsstatuts hält, und es kann insbesondere der Registerrichter, dem ein solcher Gesellschaftsvertrag vorgelegt wird, die Eintragung der offenen Handelsgesellschaft nicht davon abhängig machen, daß ihm ein zustimmender Beschluß der Generalversammlung, sei es über den Abschluß des Gesellschaftsvertrags, sei es über eine förmliche Statutenänderung, vorgelegt wird.

Die unbeschränkte Vertretungsmacht des Vorstands gestattet diesem, mit Rechtswirksamkeit nach außen auch statutenwidrige oder wenigstens in den Statuten nicht vorgesehene Geschäfte abzuschließen.

Selbstverständlich ist aber, daß ein Vorstand angesichts seiner Verantwortlichkeit einen Vertrag von solch weitreichender Bedeutung nicht leicht auf eigene Faust abschließen wird. Zu besonderer Vorsicht in dieser Richtung mahnt ja das bekannte Urteil des Reichsgerichts vom 3. Mai 1902, worin ausgesprochen ist, daß der Vorstand die Generalversammlung stets zu befragen habe, bevor er sich auf wichtige, kostspielige und riskante

und deshalb das Interesse der Aktionäre in besonderem Maße berührende Unternehmungen einlasse.

Es ist zweifellos und von den verschiedensten Seiten mit Recht hervorgehoben[1]), daß hier dem Vorstand eine viel zu enge Schranke gesetzt ist. Besonders kommt in Betracht, daß eben die verfrühte Bekanntgabe eines größeren Unternehmens, wie sie durch die vorgängige Befragung der Generalversammlung bedingt wäre, oft dessen Zustandekommen überhaupt zu vereiteln geeignet ist, so daß die übergroße Vorsicht geradezu zum Schaden der Gesellschaft ausschlagen kann. Es läßt sich daher für den Vorstand keine andere Richtschnur geben, als daß er beim Abschluß solcher Verträge wie bei allen seinen Handlungen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu beobachten habe[2]). Wenn er bei Anwendung solcher Sorgfalt zu dem Ergebnis gelangt, daß der rasche geheime Abschluß des Gesellschaftsvertrags den Interessen seiner Gesellschaft vorteilhaft ist gegenüber den bei einer Verzögerung und Bekanntmachung drohenden Nachteilen, so muß der Vorstand auch der Gesellschaft gegenüber als befugt erachtet werden, den Vertrag selbständig abzuschließen.

Ein statutenwidriges Handeln natürlich würde nur durch die triftigsten Gründe entschuldigt werden können, und wenn ein Vorstand sich ausnahmsweise hierzu veranlaßt sieht, so wird er jedenfalls darauf bedacht sein müssen, von einer sogleich einzuberufenden Generalversammlung sich Entlastung erteilen zu lassen, eine Möglichkeit, die allerdings das erwähnte Reichsgerichtsurteil merkwürdigerweise nicht zulassen will.

Die Rechtsgültigkeit seiner Handlung nach außen bleibt aber unter allen Umständen bestehen und es muß daher die Möglichkeit des Beitritts einer Aktiengesellschaft zu einer offenen Handelsgesellschaft nicht bloß für den Fall, daß ihre Statuten es zulassen, sondern ganz allgemein bejaht werden.

---

[1]) Vgl. die Gutachten von Staub u. Lehmann für den 27. deutschen Juristentag 1904.

[2]) So das Votum des 27. Juristentags (Juristische Wochenschrift 1904, S. 462).

Literatur.

Hinsberg in Holdheims Zeitschrift (Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen bezw. Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen.) Jahrgang 6, S. 253 ff.
Eltzbacher in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 45, S. 40 ff.
Moll in Holdheims Zeitschrift, Jahrgang 13, S. 150 ff.
Kolb: Kann eine Aktiengesellschaft
a) einem anerkannten Verein,
b) einer offenen Handelsgesellschaft,
c) einer eingetragenen Genossenschaft als Mitglied angehören? Nürnberg 1896.
Hartmann, die Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft. Solothurn 1895.
Pappenheim in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 46, S. 412.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, insbesondere zu § 22 und § 103, 7. Aufl., Berlin 1900.
Goldmann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1901 ff.
Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften. Berlin 1898.
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. Aufl. Berlin 1900.
Opet in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 49, S. 51.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1901.
Ring, Kommentar zum Reichsgesetz vom 18. Juli 1884, 2. Aufl., S. 184.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, 1886—1896. I. Bd., S. 463.
Keyßner, Allg. Deutsches Handelsgesetzbuch, Stuttgart 1878, S. 84.
Puchelt, Kommentar zum allg. deutschen Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 1894, S. 185.
Anschütz und von Völderndorff. Erlangen 1868. Handelsgesetzbuch, Bd. II, S. 344.
von Hahn, Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 1879, S. 550.
Renaud, Kommanditgesellschaft, S. 137.
Kayser, Gesetz vom 18. Juli 1884 mit Erläuterungen, 2. Aufl. 1891, S. 6.
Petersen und Pechmann, Gesetz vom 18. Juli 1884 (1890) S. 33.
Simon, die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien, 3. Aufl., Berlin 1899.